



UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
DE RIBEIRÃO PRETO

ANAIIS

do

V SEMINÁRIO INTERNACIONAL
DE PESQUISA (RE)PENSANDO O
TRABALHO CONTEMPORÂNEO:
NOVOS TRABALHOS E
SINDICALISMO

Coordenação:

**JAIR APARECIDO CARDOSO
MARIA HEMÍLIA FONSECA
ELIANA DOS SANTOS A. NOGUEIRA
VICTOR HUGO DE ALMEIDA**



***V SEMINÁRIO INTERNACIONAL
DE PESQUISA
(RE)PENSANDO O TRABALHO
CONTEMPORÂNEO***

***“Novos Trabalhos e
Sindicalismo”***

USP - Universidade de São Paulo

Reitor

Prof. Titular Vahan Agopyan

Vice-Reitor

Prof. Titular Antonio Carlos Hernandes

Pró-Reitor de Pós-Graduação

Prof. Titular Carlos Gilberto Carlotti Júnior

Pró-Reitor de Pesquisa

Prof. Titular Sylvio Roberto Accioly Canuto

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

Diretora

Profa. Associada Monica Herman Salem Caggiano

Vice-Diretora

Profa. Titular Maísa Souza Ribeiro



UNESP – Universidade Estadual Paulista

Reitor

Prof. Titular Sandro Roberto Valentini

Vice-Reitor

Prof. Titular Sérgio Roberto Nobre

Pró-Reitora de Pós-Graduação

Prof. Titular Telma Teresinha Berchielli

Pró-Reitor de Pesquisa

Prof. Titular Carlos Frederico de Oliveira Graeff

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS

Diretor

Prof. Associado Murilo Gaspardo

Vice-Diretora

Profa. Dra. Nanci Soares

Prof. Dr. Jair Aparecido Cardoso (FDRP/USP)
Profa. Associada Maria Hemília Fonseca (FDRP/USP)
Prof. Dr. Victor Hugo de Almeida (FCHS/UNESP)
Profa. Dra. Eliana dos Santos Alves Nogueira (FCHS/UNESP)
(Organizadores)

Simone Tavares de Andrade
(Aluna especial FDRP/USP)
(Editoração)

***V SEMINÁRIO INTERNACIONAL
DE PESQUISA
(RE)PENSANDO O TRABALHO
CONTEMPORÂNEO***

***“Novos Trabalhos e
Sindicalismo”***



2020

© 2020 UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

Faculdade de Direito Ribeirão Preto – FDRP

Av. Bandeiras, 3900 - Monte Alegre,
Ribeirão Preto - SP, CEP 14040-906

COORDENAÇÃO GERAL

Prof. Dr. Jair Aparecido Cardoso (FDRP/USP)
Prof. Dr. Victor Hugo de Almeida
(FCHS/UNESP)
Profa. Associada Dra. Maria Hemília Fonseca
(FDRP/USP)
Profa. Dra. Eliana dos Santos Alves Nogueira
(FCHS/UNESP)

COMITÊ CIENTÍFICO

Prof. Dr. Jair Aparecido Cardoso (FDRP/USP)
Prof. Dr. Victor Hugo de Almeida
(FCHS/UNESP)
Profa. Associada Maria Hemília Fonseca
(FDRP/USP)
Profa. Dra. Eliana dos Santos Alves Nogueira
(FCHS/UNESP)
Prof. Associado Daniel Damásio Borges
(FCHS/UNESP)
Prof. Dr. José Duarte Neto (FCHS/UNESP)
Prof. Dr. Juvêncio Borges Silva (UNAERP)
Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges
(FCHS/UNESP)

COMITÊ ORGANIZADOR

Prof. Titular Gilberto Stürmer (PUC/RS)
Prof. Associado Edilton Meireles de Oliveira
Santos (UFBA)
Profa. Associada Flávia Trentini (FDRP/USP)
Prof. Associado Leandro do Amaral Dorneles
de Dorneles (UFRGS)
Profa. Associada Maria Hemília Fonseca
(FDRP/USP)

COMITÊ INTERNACIONAL

Prof. Dr. Elmer Guillermo Arce Ortiz (PUCP-
Peru)
Prof. Dr. Rodrigo Monteiro Pessoa (Universidad
de la Frontera/Chile)
Prof. Dr. Mário Garmendia Arigón (Universidad
de la República/Uruguai)

Prof. Me. Marcelo Braghini (UEMG e
UNAERP)
Profa. Associada Elisabete Maníglia
(FCHS/UNESP)
Profa. Dra. Luciana Aboim Machado Gonçalves
da Silva (UFS)
Profa. Dra. Luciana Lopes Canavez
(FCHS/UNESP)
Profa. Dra. Vera Lúcia Navarro (FFCLRP/USP)
Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira
(UNAERP)
Profa. Associada Flávia Trentini (FDRP/USP)

Prof. Associado Rodolfo Mário Veiga Pamplona
Filho (UFBA)
Prof. Adjunto Cláudio Jannotti da Rocha
(UFES)
Prof. Adjunto Ivan Simões Garcia (UFRJ)
Prof. Adjunto Marco Antônio César Villatore
(UFSC)
Prof. Dr. Mário Garmendia Arigón (Universidad
de la República/Uruguai)

Profa. Dra. Cristiana Menezes Santos (UFBa)
Profa. Dra. Eliana dos Santos Alves Nogueira (FCHS/UNESP)
Prof. Dr. Elmer Guillermo Arce Ortiz (PUCP-Peru)
Prof. Dr. Guilherme Guimarães Feliciano (FD/USP)
Profa. Dra. Jacqueline de Souza (EERP/USP)
Prof. Dr. Jair Aparecido Cardoso (FDRP/USP)
Profa. Dra. Juliane Caravieri Martins (UFU-MG)
Prof. Dr. Juvêncio Borges Silva (UNAERP)
Profa. Dra. Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva (UFS)
Profa. Dra. Luciana Lopes Canavez (FCHS/UNESP)
Prof. Dr. Ney Stany Morais Maranhão (UFPA)
Prof. Me. Paulo Henrique Martinucci Boldrin (FDRP/USP)
Prof. Dr. Rafael Tomaz de Oliveira (UNAERP)
Prof. Dr. Ricardo dos Reis Silveira (UNAERP)
Prof. Me. Ricardo Estevão Soares de Ávila (Mestre – FDRP/USP)
Prof. Me. Rodrigo Borges Nicolau (Mestre – Usp/SP)
Prof. Dr. Ronaldo Lima dos Santos (FD/USP)

Prof. Dr. Rodrigo Monteiro Pessoa (Universidad de la Frontera/Chile)
Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira (UNAERP)
Profa. Dra. Vera Lúcia Navarro (FFCLRP/USP)
Prof. Dr. Victor Hugo de Almeida (FCHS/UNESP)
Prof. Me. Fabiano Carvalho (FCHS/UNESP)
Prof. Me. Jamile Coelho Moreno (CUML)
Prof. Ma. Lilian Carla de Almeida (EERP/USP)
Prof. Me. Marcelo Braghini (UEMG e UNAERP)
Prof. Ma. Nelma Karla Waideman Fukuoka (FCHS/UNESP)
Profa. Ma. Amanda Barbosa (FDRP/USP)
Profa. Ma. Andreia Chiquini Bugalho (UNAERP)
Profa. Ma. Camila Martinelli Sabongi (FCHS/UNESP)
Profa. Ma. Fernanda Menezes Leite (FDRP/USP)
Profa. Ma. Letícia Ferrão Zapolla (FDRP/USP)
Prof.a Ma. Natália Marques Abramides Brasil (FDRP/USP)
Profa. Ma. Sandra Helena Favaretto (FDSP/USP)

V Seminário de Pesquisa (Re)pensando o Trabalho Contemporâneo: Novos Trabalhos e Sindicalismo (Ribeirão Preto, SP)

V Seminário de Pesquisa (Re)pensando o Trabalho Contemporâneo: Novos Trabalhos e Sindicalismo [recurso eletrônico] / V Seminário de Pesquisa (Re)pensando o Trabalho Contemporâneo, 21-23 de outubro, 2020, Ribeirão Preto, São Paulo, Brasil ; Jair Aparecido Cardoso, Maria Hemília Fonseca, Victor Hugo de Almeida, e Eliana dos Santos Alves Nogueira (Organizadores). – Ribeirão Preto: FDRP-USP, 2020.

Número de página p.1790

Inclui bibliografia.

ISSN: 978-65-86465-09-9

1.Seminário Internacional. 2. (Re)pensando. 3. Novos Trabalhos. 4. Sindicalismo. I. Cardoso, Jair Aparecido. II. Fonseca, Maria Hemília. III. Almeida, Victor Hugo de. IV. Nogueira, Eliane dos Santos Alves. V. Título.

APRESENTAÇÃO

*Jair Aparecido Cardoso
Maria Hemília Fonseca
Victor Hugo de Almeida
Eliana dos Santos Alves Nogueira*

O *V Seminário de Pesquisa (Re)pensando o Trabalho Contemporâneo: Novos Trabalhos e Sindicalismo*, objetivou divulgar e discutir pesquisas voltadas à temática “trabalho” em diversos ramos de conhecimento, com ênfase nas áreas Direito Individual do Trabalho, Direito Coletivo do Trabalho, Direito Processual do Trabalho, Meio Ambiente do Trabalho e Saúde do Trabalhador, Direito Previdenciário e Seguridade Social, Direito do Trabalho e Novas Tecnologias, entre outras, nos níveis de Graduação e Pós-Graduação. Outrossim, visou estimular a produção científica, o intercâmbio e a difusão de conhecimento acerca da referida temática.

Nessa ocasião, buscou promover a interação de pesquisadores de outras Universidades - brasileiras e estrangeiras – com a finalidade de propiciar novas experiências, renovação de conhecimentos e inter-relacionamento da comunidade acadêmica. Por fim, o *V Seminário de Pesquisa (Re)pensando o Trabalho Contemporâneo* almejou fomentar discussões sobre aspectos metodológicos e do atual estado da pesquisa científica no país, a partir dos artigos submetidos, aprovados para apresentação e debatidos nas mesas temáticas.

Realizado nos dias 21, 22 e 23 de outubro de 2020, de forma online pelo canal do Youtube da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP/USP), o Evento foi organizado pela própria

FDRP/USP, pela **UNESP** – Universidade Estadual Paulista – Júlio de Mesquita Filho – Campus de Franca e pelo grupo de estudos **GEDTRAB (FDRP/USP)** – “A transformação do Direito do Trabalho na sociedade pós-moderna e os seus reflexos no mundo do trabalho” fundado e coordenado pelo Prof. Dr. Jair Aparecido Cardoso. Além do mais teve como instituições promotoras a **UNAERP** – Universidade de Ribeirão Preto, a **UFU** – Universidade Federal de Uberlândia, a **UFMG** – Universidade Federal de Minas Gerais, Universidade Federal de Goiás, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, **PUCP** – Pontifícia Universidad Católica del Perú, a Universidad de la Frontera – Chile, e a Facultad de Derecho de la Universidad de la República – Uruguai.

A abertura do Evento, ocorrida no primeiro dia, registou a participação da moderadora Profa. Ma. Sandra Helena Favaretto (FDRP/USP), do mediador Prof. Gilberto Stürmer (PUC/RS), dos palestrantes Prof. Dr. José Cláudio Monteiro de Brito Filho e Prof. Dr. Ronaldo Lima dos Santos (FD/USP), os quais abordaram os seguintes temas: a centralidade do Direito do Trabalho, no mundo marcado por profundas inovações tecnológicas, que pulverizam o ambiente de trabalho e dificultam a identificação de classe dos trabalhadores, bem como o Direito Sindical – na sua função promotora de trabalho decente - em um ordenamento jurídico que suprime um de suas bases fundamentais e que, ao mesmo tempo, impede sua mudança estrutural.

No segundo dia, por sua vez, o Evento constou com a presença da moderadora Profa. Ma. Andréia Chiquini Bugalho (UNAERP), do mediador Prof. Dr. Ivan Simões Garcia (UFRJ) e dos palestrantes Prof. Dr. Rodrigo Monteiro Pessoa (Universidad de La Frontera - Chile) e Prof. Me. Sebastian Pizarro Contreras (Universidad de Chile), que trataram sobre os assuntos: crowdork e sindicalismo:

desafios e propostas, assim como consciência coletiva do trabalho e sindicalismo, uma leitura comparada entre o Chile e o Brasil.

Já no terceiro dia do *V Seminário de Pesquisa (Re)pensando o Trabalho Contemporâneo*, a moderadora foi profa. Ma. Camila Martinelli Sabongi (FCHS/UNESP), o mediador o Prof. Dr. Guilherme Guimarães Feliciano (FD/USP), os palestrantes foram Prof. Dr. Mário Garmendia Arigón (Universidad de la República/Uruguai) e Prof. Dr. Ney Stany Morais Maranhão (UFBa) que discutiram sobre: novos trabalhos e movimentos sindicais do Uruguai e o sindicalismo e o contexto da quarta revolução industrial.

Ainda no terceiro dia, 23 de outubro de 2020, no período vespertino, o *V Seminário Internacional de Pesquisa (Re)pensando o Trabalho Contemporâneo: Novos Trabalhos e Sindicalismo* também compreendeu mesas temáticas, Grupos de Trabalhos (GT's) realizados, por meio da plataforma Google Meet, cujos trabalhos completos apresentados integram estes Anais, totalizando 81 (oitenta e um), a saber:

GRUPO DE TRABALHO I – Direito Individual do Trabalho: - A proteção do trabalho em face da automação (Marcelo Lobato da Silva; Jair Aparecido Cardoso); - Flexibilização dos direitos dos trabalhadores: entre a minimização do caos e a afronta aos direitos constitucionais (Angela Carolina Soncin; Jéssica Galloro Lourenço; Juvêncio Borges Silva); - Os limitadores do compliance na relação de emprego (Cinthia Carla Barroso Thomazini; Ricardo Estevão Soares de Ávila), - Aplicação do contrato de aprendiz nas empresas (Jair Aparecido Cardoso; Ana Paula Perpétua Ribeiro; Júlia Picinato M. de Araújo Rocha; Fernanda Sarone Stochi); - O sequestro da subjetividade do trabalhador nas novas relações de trabalho (Elaine Cristina Pereira Tomaz; Alexandre Fontana Berto); - O contrato de trabalho intermitente implementado pela reforma

trabalhista ofende o pacto constitucional brasileiro? (Danilo Eduardo Querido; Jair Aparecido Cardoso); - Contrato de aprendizagem: direito à profissionalização e proteção no trabalho (Marilande Almada de Mendonça Papa; Marcelo Braghini); - A precarização das relações de trabalho e suas consequências durante a pandemia do coronavírus (Julia Portugal Ferreira Gallo; Marina de Castro Pessoa; Rodrigo Borges Nicolau); - Consolidação das leis do trabalho: surgimento, evolução e as leis trabalhistas na atualidade (Isabella de Souza Teixeira; Isadora Andréa Santos; Rodrigo Borges Nicolau); - A análise de pendências trabalhistas no meio desportivo: entendendo como o atleta se torna trabalhador (Eduardo de Castro Amadio; Pedro de Melo Schaefer); - O consentimento para o monitoramento na relação de trabalho à luz da LGPD (Marina Pereira Diniz; Renan Fernandes Duarte); - O direito do trabalho e a concepção social cristã: fundamentos, contribuições e influências, das raízes à contemporaneidade (Rodrigo Borges Nicolau; Gustavo Borges de Oliveira; Lucas da Costa Bezerra Matos); - Contrato de trabalho e reforma trabalhista – contrato intermitente (David Alexsander Diniz; Mariana Pinaud de Oliveira Seguro);

GRUPO DE TRABALHO II – Direito Coletivo do Trabalho: - Redução salarial e de jornada de trabalho no cenário de pandemia da covid-19: a exclusão da atuação sindical em afronta à Constituição Cidadã (Cicília Araújo Nunes; Juliane Caravieri Martins); - A precarização das novas relações laborais enfrentadas pelos trabalhadores imigrantes em razão da reforma trabalhista e sobre o direito fundamental à sindicalização (Flávia Francisca Silva Montes; Alexandra Silva Montes); - A autorização coletiva, prévia e expressa para os descontos das contribuições sindicais: uma solução justa? (Gabriel H. Z. Furlan); A dispensa coletiva após a lei nº 13.467/2017: (in)compatibilidade com o ordenamento jurídico

brasileiro sob a perspectiva dos interesses transindividuais (Daniela Nogueira Corbi; Jair Aparecido Cardoso); - Os limites da flexibilização dos direitos normativos e a diferenciação entre trabalhadores sindicalizados e não sindicalizados frente as garantias constitucionais (Renata Scarpini de Araujo; Marcelo Braghini); - Sistema sindical representativo como instrumento de garantia da classe trabalhadora para acesso à justiça (Daniel Rizzolli; Sandra Helena Favaretto); - Plataformização do trabalho e organizações coletivas laborais (Natália Marques Abramides Brasil; Rodrigo Borges Nicolau; Guilherme Lima Juvino de Paula; Vinícius Bugalho); - O assédio moral no mundo do trabalho contemporâneo (João Lucas Gramilik Nascimento; Natália Del Caro Frigini; Cláudio Jannotti da Rocha); - O dano imaterial nas relações de trabalho: impactos trazidos pela Lei nº 13.467 de 2017 (Lucas de Carvalho Franco; Jair Aparecido Cardoso; Ricardo Estevão Soares de Ávila) – Do sistema de tarifação do dano moral trazido pela lei 13.467/2017 (Janaina Bagatini; Jair Aparecido Cardoso); - Comunicação e treinamento para mitigação do assédio moral nas relações de trabalho (Andresa Di Fazio Guarini; Marcela Cortez Salomão; Fabrizio De Bortoli; Jair Aparecido Cardoso); - Do dano extrapatrimonial decorrente da relação de emprego a lei 13.467/2017 (Rafael de Oliveira Rosa Carneiro; Danilo Henrique Nunes); - A dispensa discriminatória por contração do vírus covid-19 durante a pandemia (Andrey Rossi Oliveira; Gabriel de Oliveira Coelho Santana; Cláudio Jannotti da Rocha); - O assédio moral organizacional e por competência no teletrabalho: desafio à concretização do trabalho decente (Amanda Cristina Silvério; Daniela Nogueira Corbi; Jair Aparecido Cardoso);

GRUPO DE TRABALHO III – Direito Processual do Trabalho: - Reflexões sobre a necessidade de regulamentação do

trabalho infantil artístico (Rebeca Silva de Souza; Ricardo Estevão Soares de Ávila); - A arbitragem, os conflitos individuais do trabalho e o princípio do acesso à justiça (Amanda Barbosa; Jéssica Gomes); - As ações coletivas passivas no processo do trabalho: primeiras linhas analíticas (Gustavo Felipe da Cruz Lago; Luísa Seidel de Souza Sarcinelli; Cláudio Jannotti da Rocha) – A (in)suficiência da declaração pessoal de pobreza para concessão dos benefícios da justiça gratuita após a reforma trabalhista (Inara Alves Pinto da Silva; Samuel Modesto Marcacine Neiva; Arantcha de Azevedo Sanchez; Ricardo Miguel Sobral) – Whatsapp como instrumento de conciliação nas reclamações trabalhistas (Letícia Ribeiro de Moraes; Marcelo Braghini); - Ação penal e justa causa laboral: a ilegalidade da dispensa motivada antes do trânsito em julgado da condenação à privação de liberdade do empregado (Danila Manfré Nogueira Borges; Patrícia de Paula Queiroz Bonato; Marcelo Braghini); - Da garantia trabalhista de férias e do término de contrato para trabalhadores terceirizados antes e depois do covid-19 (Ana Luísa Tostes Filgueiras Fernandes; João Gabriel Têu Soares; Jair Aparecido Cardoso; Andréia Chiquini Bugalho); - Terceirização e quarteirização: os aspectos jurídicos e sociais no direito do trabalho (Leonardo Picolo Cauzim; Danilo Henrique Nunes); - A terceirização no setor privado brasileiro e a precarização das relações de trabalho (Daniele Helena Suncini Petroni; Jair Aparecido Cardoso); - Princípios do direito do trabalho e o resguardo do empregado doméstico durante a pandemia da covid-19 (Laís B. S. Ferrz; Ricardo Esrevão Soares de Ávila); - O contrato de empregadas domésticas no Brasil: reflexos da herança histórica na garantia legal e na não efetivação de direitos (Isabelle Fernanda Santos e Maria Eduarda Souza Porfírio; Jair Aparecido Cardoso); - O trabalho invisível de cuidado e sua relação com o trabalho assalariado da mulher em

tempos de pandemia (Gabriele Ferreira Beirigo; Jair Aparecido Cardoso);

GRUPO DE TRABALHO IV – Meio Ambiente do Trabalho e Saúde do Trabalhador: - Adicional de insalubridade para jogadores de futebol que jogam sob calor excessivo (Patrick de Araújo Fernandes; Jair Aparecido Cardoso); - O teletrabalho e os riscos psicossociais em tempos pandêmicos (Juliane Caravieri Martins); - Cárcere e trabalho: a necessidade de proteção ao meio ambiente laboral na prisão (Victória de Oliveira Nunes; Maria Júlia Ferreira Mansur; Cláudio Jannotti da Rocha); - Direito fundamental à desconexão nas relações de trabalho – reflexões sobre sua regulação normativa (Ênio Borges Campos; Ney Maranhão); - Gravidez e trabalho insalubre: a responsabilidade do empregador na impossibilidade de realocação (Carla Vieira Carmozine; Jair Aparecido Cardoso); - Afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana face ao não cumprimento do item 24.5 da NR 24: das condições sanitárias e conforto dos locais de refeições no ambiente de trabalho (Simone Camilo Gomes; Fabiano de Almeida Oliveira); - Ambiente do trabalho e suas relações pessoais – o meio intensificador das doenças ocupacionais: a necessária regulamentação do convívio profissional (Ednaldo de Freitas Maia; Carlos A. L. de Almeida); - A possibilidade de pagamento do adicional de insalubridade durante a pandemia da covid-19 (Maria Valentine Mariano; Ricardo Estevão Soares de Ávila); - O direito à desconexão frente ao aumento do trabalho remoto: impactos gerados pela violação à duração do trabalho (Julia Gomes Ferreira; Kathana Abati Luvison; Rebeca Costa Fabrício; Gustavo Assed Ferreira); - Mineração e trabalho: precarização em tempos de covid-19 (Rikartiany Cardoso Teles); - “Novo normal”: da exigência do exame do covid-19 na admissão de trabalhadores (Caroline Santoro da Silva; Letiane Corrêa Bueno

Nogueira Ramos); - Horas *in itinere*: os reflexos da lei 13.467/2017 no campo (Kelly Carolina Galvão; Jair Aparecido Cardoso); - Horas *in itinere*: uma viagem pela deforma trabalhista com passagem no tempo de vida livre e um pouso no princípio da vedação do retrocesso social (Camila Mazza da Silva; Simone Tavares de Andrade; Sandra Helena Favaretto); - A reforma trabalhista e as horas “in itinere”: histórico, conceitos e mudanças (Juliana Silva Pastore; João Gabriel Schieber Cury; Rodrigo Borges Nicolau);

GRUPO DE TRABALHO V – Direito Previdenciário e Seguridade Social: - Novos trabalhos no Brasil e no mundo: a realidade dos refugiados, sua contribuição no mercado de trabalho e a necessidade de incentivos fiscais (Carina Alamino Trida; Alexandre Fontana Berto); - Fundo de garantia do tempo de serviço: política social e sua relação com o sistema econômico (Ana Clara Fernandes de Souza; Raphael Petta da Silva; Andréia Chiquini Bugalho; Jair Aparecido Cardoso); - Auxílio-doença a vítimas de violência doméstica afastadas do trabalho (Anália Lourensato Damasceno; Jair Aparecido Cardoso); - O FGTS da pandemia: valorização dos direitos trabalhistas durante o coronavírus (Davi de Arruda Mello Teixeira; Carlos Alexandre Franco Garcia; Jair Aparecido Cardoso; Andréia Chiquini Bugalho); - O fundo de garantia do tempo de serviço: evolução da legislação reguladora e aspectos gerais (Bruno Walker Farias Cunha; Luan Henrique Bailly; Jair Aparecido Cardoso; Andréia Chiquini Bugalho); - Análise da covid-19 como doença ocupacional: MP 927/2020 e a decisão do STF (Giovanna Assis Georgini; Karyn Adame Rinaldi; Rodrigo Borges Nicolau); - O direito à convivência familiar e a destituição do poder familiar (Beatriz Costa Felippini; Caroline Fornarolli da Cruz; Sandra Helena Favaretto); - Natureza jurídica da medida socioeducativa de internação e sua eficácia (Gabriella Saiki; Luciana de Carvalho

Nogueira Jorge; Natalia Marques Abramides Brasil); - O papel do estatuto da criança e do adolescente na proteção contra a pornografia infantil: artigo 241-C (Laís Fusco Mendes; Leticia de Oliveira Furigo; Sandra Helena Favaretto); - Grávidas encarceradas e o impacto aos direitos dos “filhos do cárcere” (Angélica Rosa Fakhouri; Izabela da Silva; Sandra Helena Favaretto); - As pessoas com deficiência e o teletrabalho (Maria Gabriela Silva Moreira; Juliane Caravieri Martins); - Pessoa com deficiência: compensação para o cumprimento da cota no projeto de lei 6.159/2019 (Gabriel Catini Lanzi; Rogério Alexandre de Oliveira Castro); - A responsabilidade civil trabalhista por exploração do trabalho em condições análogas às de escravidão nas cadeias produtivas no Brasil (Luana Graciana Silva; Jair Aparecido Cardoso); - As medidas de combate à escravidão contemporânea no Brasil (Jair Aparecido Cardoso; Luísa Henares Rangel);

GRUPO DE TRABALHO VI – Direito do Trabalho e Novas Tecnologia:- Repensando o instituto da justa causa obreira à luz da conjuntura do teletrabalho (Breno Antônio Navarro Bernardes Silva; Vinícius de Paula Pimenta Salgado; Jair Aparecido Cardoso); - Teletrabalho na pandemia do coronavírus: regulação de infraestrutura adequada (Gabriela Helena de Oliveira Borges; Natália Marques Abramides Brasil); - Uberização em tempos de pandemia: a intensificação da precarização do trabalho dos entregadores de plataformas digitais (Jasiel Ivo; Regina Andrade Sales Farias Lessa); - A precarização do trabalho: o capitalismo e a exploração dos entregadores de aplicativo (Flávia Andrade Gomes Alves; Natália Marques Abramides Brasil; Jair Aparecido Cardoso); - O teletrabalho na contemporaneidade: reflexões analíticas (João Victor Loss de Souza; Julia De Carli Baiôcco; Cláudio Jannotti da Rocha); - O home office e a tripla jornada feminina no mundo contemporâneo do

trabalho (Beatriz Salvador de Magalhães; Cláudio Jannotti da Rocha; Daniella Gonçalves Stefanelli); - Os impactos do teletrabalho na sociedade e sua disseminação com a reforma trabalhista (Jéssica da Silva Gomes; Jair Aparecido Cardoso); - Algoritmização do trabalho: reflexões nucleares (Helena Emerick Abaurre; Cláudio Jannotti da Rocha; Ricardo José Macedo de Britto Pereira); - Os limites do poder fiscalizador no monitoramento em teletrabalho (Hugo Zanon Soares; Cláudio Jannotti da Rocha); - Precarização sob demanda: uma análise sobre a situação dos trabalhadores de aplicativos (Daniel Lopes Casado; Andréia Chiquini Bugalho; Jair Aparecido Cardoso); - “Breque nos apps”: novas tecnologias, velhas formas de exploração (Clarissa Maçaneiro Viana); - O fenômeno da uberização: os choques entre a legislação tradicional e as novas relações de trabalho (Gabriel Veroneze Girardi; João Pedro Miyada do Nascimento; Pedro Branquinho do Carmo; Jair Aparecido Cardoso); - A natureza da relação jurídica “uberista” (Everton Caldas Silveira; Edilton Meireles); - A regulamentação do teletrabalho no Brasil analisando sob a perspectiva do teletrabalho subordinado em Portugal, e a omissão na internalização no ordenamento jurídico brasileiro frente a reforma trabalhista (Letícia de Freitas; Jair Aparecido Cardoso).

As atividades nas Mesas Temáticas foram coordenadas pelos seguintes docentes mestres e doutores:

GRUPO DE TRABALHO I – Direito Individual do Trabalho: Prof. Adjunto Dr. Marco Antônio César Villatore (UFSC); Prof. Dr. Rodrigo Monteiro Pessoa (UFRO - Chile) e Prof. Me. Marcelo Braghini (UEMG/Frutal);

GRUPO DE TRABALHO II – Direito Coletivo do Trabalho: Prof. Dr. Associado Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles (UFRGS); Profa. Ma. Natália Marques Abramides Brasil (FDRP/USP) e Prof. Me. Rodrigo Borges Nicolau (FD/USP);

GRUPO DE TRABALHO III – Direito Processual do Trabalho: Prof. Titular Dr. Gilberto Stürmer (PUC/RS); Prof. Adjunto Dr. Ivan Simões Garcia (UFRJ); Profa. Ma. Amanda Barbosa (FDRP/USP) e Prof. Me Ricardo Estevão Soares de Ávila (FDRP/USP);

GRUPO DE TRABALHO IV – Meio Ambiente do Trabalho e Saúde do Trabalhador: Prof. Adjunto Dr. Cláudio Jannotti da Rocha (UFES); Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira (UNAERP); Profa. Dra. Juliane Caravieri Martins e Profa. Ma. Andréia Chiquini Bugalho (UNAERP);

GRUPO DE TRABALHO V – Direito Previdenciário e Seguridade Social: Prof. Dr. Jair Aparecido Cardoso (FDRP/USP); Prof. Dr. Juvêncio Borges Silva (UNAERP); Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira (FDR/UFPE) e Profa. Ma. Letícia Zapolla (FDRP/USP);

GRUPO DE TRABALHO VI – Direito do Trabalho e Novas Tecnologia: Prof. Associado Dr. Edilton Meireles de Oliveira Santos (UFBa); Prof. Dr. Ricardo dos Reis Silveira; Profa. Ma. Sandra Helena Favaretto (FDRP/USP) e Profa. Ma. Camila Martinelli Sabongi (FCHS/UNESP).

Por fim consignamos nossos agradecimentos a todos os membros que compuseram os Comitês Internacional, Científico e Organizador, aos apoiadores do Evento, à Direção, ao Departamento do Direito do Trabalho da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP/USP), às Universidades promotoras, aos membros do Grupo de Estudo GEDTRAB – “A transformação do Direito do Trabalho na sociedade pós-moderna e os seus reflexos no mundo do trabalho” da USP – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, aos membros do Grupo de Pesquisa – “Núcleo de Pesquisa e Observatório Jurídico: (Re)pensando o Trabalho Contemporâneo” da UNESP – Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho,

Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Campus Franca, aos servidores da FDRP/USP e da UNESP, a todos participantes e ouvintes, aos autores dos trabalhos apresentados e, por fim, agradecemos o apoio especial dos departamentos de tecnologia e informação e departamento de comunicação institucional e cultural de eventos da FDRP/USP, sem os quais esse Seminário não seria possível.

Desejamos a todos uma boa e frutífera leitura!

SUMÁRIO

MESAS TEMÁTICAS

GRUPO DE TRABALHO I – Direito Individual do Trabalho.....35

A PROTEÇÃO DO TRABALHO EM FACE DA AUTOMAÇÃO.....36

Marcelo Lobato da Silva

Jair Aparecido Cardoso

FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS DOS TRABALHADORES: ENTRE A MINIMIZAÇÃO DO CAOS E A AFRONTA AOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS.....52

Angela Carolina Soncin

Jéssica Galloro Lourenço

Juvêncio Borges Silva

OS LIMITADORES DO COMPLIANCE NA RELAÇÃO DE EMPREGO.....75

Cynthia Carla Barroso Thomazini

Ricardo Estevão Soares de Ávila

APLICAÇÃO DO CONTRATO DE APRENDIZ NAS EMPRESAS.....97

Jair Aparecido Cardoso

Ana Paula Perpétua Ribeiro

Júlia Picinato M. de Araújo Rocha

Fernanda Sarone Stochi

O SEQUESTRO DA SUBJETIVIDADE DO TRABALHADOR NAS NOVAS RELAÇÕES DE TRABALHO.....108

Elaine Cristina Pereira Tomaz

Alexandre Fontana Berto

O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE IMPLEMENTADO PELA REFORMA TRABALHISTA OFENDE O PACTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO?.....124

Danilo Eduardo Querido

Jair Aparecido Cardoso

CONTRATO DE APRENDIZAGEM: DIREITO À PROFISSIONALIZAÇÃO E PROTEÇÃO NO TRABALHO.....146

Marilande Almada de Mendonça Papa

Marcelo Braghini

A PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO E SUAS CONSEQUÊNCIAS DURANTE A PANDEMIA DO CORONAVÍRUS.....163

Julia Portugal Ferreira Gallo

Marina de Castro Pessoa

Rodrigo Borges Nicolau

CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO: SURGIMENTO, EVOLUÇÃO E AS LEIS TRABALHISTAS NA ATUALIDADE.....188

Isabella de Souza Teixeira

Isadora Andréa Santos

Rodrigo Borges Nicolau

A ANÁLISE DE PENDÊNCIAS TRABALHISTAS NO MEIO DESPORTIVO: ENTENDENDO COMO O ATLETA SE TORNA TRABALHADOR.....216

Eduardo de Castro Amadio

Pedro de Melo Schaefer

O CONSENTIMENTO PARA O MONITORAMENTO NA RELAÇÃO DE TRABALHO À LUZ DA LGPD.....235

Marina Pereira Diniz

Renan Fernandes Duarte

O DIREITO DO TRABALHO E A CONCEPÇÃO SOCIAL CRISTÃ: FUNDAMENTOS, CONTRIBUIÇÕES E INFLUÊNCIAS, DAS RAÍZES À CONTEMPORANEIDADE.....258

Rodrigo Borges Nicolau

Gustavo Borges de Oliveira

Lucas da Costa Bezerra Matos

CONTRATO DE TRABALHO E REFORMA TRABALHISTA – O CONTRATO INTERMITENTE..293

David Alexander Diniz

Mariana Pinaud de Oliveira Seguro

GRUPO DE TRABALHO II – Direito Coletivo do Trabalho.....309

REDUÇÃO SALARIAL E DE JORNADA DE TRABALHO NO CENÁRIO DE PANDEMIA DA COVID-19: A EXCLUSÃO DA ATUAÇÃO SINDICAL EM AFRONTA À CONSTITUIÇÃO CIDADÃ.....310

Cicília Araújo Nunes

Juliane Caravieri Martins

A PRECARIZAÇÃO DAS NOVAS RELAÇÕES LABORAIS ENFRENTADAS PELOS TRABALHADORES IMIGRANTES EM RAZÃO DA REFORMA TRABALHISTA E SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À SINDICALIZAÇÃO.....323

Flávia Francisca Silva Montes

Alexandra Silva Montes

A AUTORIZAÇÃO COLETIVA, PRÉVIA E EXPRESSA PARA OS DESCONTOS DAS CONTRIBUIÇÕES SINDICAIS: UMA SOLUÇÃO JUSTA?.....339

Gabriel H. Z. Furlan

A DISPENSA COLETIVA APÓS A LEI N. 13.467/2017: (IN)COMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO SOB A PERSPECTIVA DOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS.....357

Daniela Nogueira Corbi

Jair Aparecido Cardoso

OS LIMITES DA FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS NORMATIVOS E A DIFERENCIAÇÃO ENTRE TRABALHADORES SINDICALIZADOS E NÃO

**SINDICALIZADOS FRENTE AS GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS.....389**

*Renata Scarpini de Araujo
Marcelo Braghini*

**SISTEMA SINDICAL REPRESENTATIVO COMO
INSTRUMENTO DE GARANTIA DA CLASSE
TRABALHADORA PARA ACESSO À JUSTIÇA.....409**

*Daniel Rizzolli
Sandra Helena Favaretto*

**PLATAFORMIZAÇÃO DO TRABALHO E
ORGANIZAÇÕES COLETIVAS LABORAIS.....425**

*Natália Marques Abramides Brasil
Rodrigo Borges Nicolau
Guilherme Lima Juvino de Paula
Vinícius Bugalho*

**O ASSÉDIO MORAL NO MUNDO DO TRABALHO
CONTEMPORÂNEO.....440**

*João Lucas Gramilik Nascimento
Natália Del Caro Frigini
Cláudio Jannotti da Rocha*

**O DANO IMATERIAL NAS RELAÇÕES DE
TRABALHO: IMPACTOS TRAZIDOS PELA LEI Nº
13.467 de 2017.....456**

*Lucas de Carvalho Franco
Jair Aparecido Cardoso
Ricardo Estevão Soares de Ávila*

**DO SISTEMA DE TARIFAÇÃO DO DANO MORAL
TRAZIDO PELA LEI 13.467/2017.....506**

*Janaina Bagatini
Jair Aparecido Cardoso*

COMUNICAÇÃO E TREINAMENTO PARA MITIGAÇÃO DO ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO.....531

Andresa Di Fazio Guarini

Marcela Cortez Salomão

Fabrizio De Bortoli

Jair Aparecido Cardoso

DO DANO EXTRAPATRIMONIAL DECORRENTE DA RELAÇÃO DE EMPREGO FRENTE A LEI 13.467/2017.....552

Rafael de Oliveira Rosa Carneiro

Danilo Henrique Nunes

A DISPENSA DISCRIMINATÓRIA POR CONTRAÇÃO DO VÍRUS COVID-19 DURANTE A PANDEMIA.....583

Andrey Rossi Oliveira

Gabriel de Oliveira Coelho Santana

Cláudio Jannotti da Rocha

O ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL E POR COMPETÊNCIA NO TELETRABALHO: DESAFIO À CONCRETIZAÇÃO DO TRABALHO DECENTE.....599

Amanda Cristina Silvério

Daniela Nogueira Corbi

Jair Aparecido Cardoso

GRUPO DE TRABALHO III – Direito Processual do Trabalho.....629

REFLEXÕES SOBRE A NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL ARTÍSTICO.....630

Rebeca Silva de Souza

Ricardo Estevão Soares de Ávila

A ARBITRAGEM, OS CONFLITOS INDIVIDUAIS DO TRABALHO E O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA.....652

Amanda Barbosa

Jéssica Gomes

AS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS NO PROCESSO DO TRABALHO: PRIMEIRAS LINHAS ANALÍTICAS.....678

Gustavo Felipe da Cruz Lago

Luísa Seidel de Souza Sarcinelli

Cláudio Jannotti da Rocha

A (IN)SUFICIÊNCIA DA DECLARAÇÃO PESSOAL DE POBREZA PARA CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA APÓS A REFORMA TRABALHISTA.....693

Inara Alves Pinto da Silva

Samuel Modesto Marcacine Neiva

Arantcha de Azevedo Sanchez

Ricardo Miguel Sobral

**WHATSAPP COMO INSTRUMENTO DE
CONCILIAÇÃO NAS RECLAMAÇÕES
TRABALHISTAS.....719**

Letícia Ribeiro de Moraes

Marcelo Braghini

**AÇÃO PENAL E JUSTA CAUSA LABORAL: A
ILEGALIDADE DA DISPENSA MOTIVADA ANTES DO
TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO À
PRIVAÇÃO DE LIBERDADE DO
EMPREGADO.....738**

Danila Manfré Nogueira Borges

Patrícia de Paula Queiroz Bonato

Marcelo Braghini

**DA GARANTIA TRABALHISTA DE FÉRIAS E DO
TÉRMINO DE CONTRATO PARA TRABALHADORES
TERCEIRIZADOS ANTES E DEPOIS DO COVID-
19.....759**

Ana Luísa Tostes Filgueiras Fernandes

João Gabriel Têu Soares

Jair Aparecido Cardoso

Andréia Chiquini Bugalho

**TERCEIRIZAÇÃO E QUARTEIRIZAÇÃO: OS
ASPECTOS JURÍDICOS E SOCIAIS NO DIREITO DO
TRABALHO.....787**

Leonardo Picolo Cauzim

Danilo Henrique Nunes

**A TERCEIRIZAÇÃO NO SETOR PRIVADO
BRASILEIRO E A PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES
DE TRABALHO.....816**

Daniela Helena Suncini Petroni
Jair Aparecido Cardoso

PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO E O RESGUARDO DO EMPREGADO DOMÉSTICO DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19.....835

Laís B. S. Ferraz

Ricardo Estevão Soares de Ávila

O CONTRATO DE EMPREGADAS DOMÉSTICAS NO BRASIL: REFLEXOS DA HERANÇA HISTÓRICA NA GARANTIA LEGAL E NA NÃO EFETIVAÇÃO DE DIREITOS.....865

Isabelle Fernanda Santos

Maria Eduarda Souza Porfírio

Jair Aparecido Cardoso

O TRABALHO INVISÍVEL DE CUIDADO E SUA RELAÇÃO COM O TRABALHO ASSALARIADO DA MULHER EM TEMPOS DE PANDEMIA.....885

Gabriele Ferreira Beirigo

Jair Aparecido Cardoso

GRUPO DE TRABALHO IV – Meio Ambiente do Trabalho e Saúde do Trabalhador.....900

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE PARA JOGADORES DE FUTEBOL QUE JOGAM SOB CALOR EXCESSIVO.....901

Patrick de Araújo Fernandes

Jair Aparecido Cardoso

O TELETRABALHO E OS RISCOS PSICOSSOCIAIS EM TEMPOS PANDÊMICOS.....921

Juliane Caravieri Martins

CÁRCERE E TRABALHO: A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE LABORAL NA PRISÃO.....941

Victória de Oliveira Nunes

Maria Júlia Ferreira Mansur

Cláudio Jannotti da Rocha

DIREITO FUNDAMENTAL À DESCONEXÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO – REFLEXÕES SOBRE SUA REGULAÇÃO NORMATIVA.....958

Ênio Borges Campos

Ney Maranhão

GRAVIDEZ E TRABALHO INSALUBRE: A RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR NA IMPOSSIBILIDADE DE REALOCAÇÃO.....990

Carla Vieira Carmozine

Jair Aparecido Cardoso

AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA FACE AO NÃO CUMPRIMENTO DO ITEM 24.5 DA NR 24: DAS CONDIÇÕES SANITÁRIAS E CONFORTO DOS LOCAIS DE REFEIÇÕES NO AMBIENTE DE TRABALHO.....1011

Simone Camilo Gomes

Fabiano de Almeida Oliveira

AMBIENTE DO TRABALHO E SUAS RELAÇÕES PESSOAIS – O MEIO INTENSIFICADOR DAS DOENÇAS OCUPACIONAIS: A NECESSÁRIA REGULAMENTAÇÃO DO CONVÍVIO PROFISSIONAL.....1032

Ednaldo de Freitas Maia

Carlos A. L. de Almeida

A POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19.....1042

Maria Valentine Mariano

Ricardo Estevão Soares de Ávila

O DIREITO À DESCONEXÃO FRENTE AO AUMENTO DO TRABALHO REMOTO: IMPACTOS GERADOS PELA VIOLAÇÃO À DURAÇÃO DO TRABALHO.....1063

Julia Gomes Ferreira

Kathana Abati Luvison

Rebeca Costa Fabrício

Gustavo Assed Ferreira

MINERAÇÃO E TRABALHO: PRECARIZAÇÃO EM TEMPOS DE COVID-19.....1092

Rikartiany Cardoso Teles

“NOVO NORMAL”: DA EXIGÊNCIA DO EXAME DO COVID-19 NA ADMISSÃO DE TRABALHADORES...1109

Caroline Santoro da Silva

Letiane Corrêa Bueno Nogueira Ramos

HORAS IN ITINERE: OS REFLEXOS DA LEI 13.467/2017 NO CAMPO.....1127

Kelly Carolina Galvão

Jair Aparecido Cardoso

HORAS IN ITINERE: UMA VIAGEM PELA DEFORMA TRABALHISTA COM PASSAGEM NO TEMPO DE VIDA LIVRE E UM POUSO NO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL.....1153

Camila Mazza da Silva

Simone Tavares de Andrade

Sandra Helena Favaretto

A REFORMA TRABALHISTA E AS HORAS “IN ITINERE”: HISTÓRICO, CONCEITOS E MUDANÇAS.....1173

Juliana Silva Pastore

João Gabriel Schieber Cury

Rodrigo Borges Nicolau

**GRUPO DE TRABALHO V – Direito Previdenciário e
Seguridade Social.....1201**

**NOVOS TRABALHOS NO BRASIL E NO MUNDO: A
REALIDADE DOS REFUGIADOS, SUA
CONTRIBUIÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO E A
NECESSIDADE DE INCENTIVOS FISCAIS.....1202**

Carina Alamino Trida

Alexandre Fontana Berto

**FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO:
POLÍTICA SOCIAL E SUA RELAÇÃO COM O
SISTEMA ECONÔMICO.....1212**

Ana Clara Fernandes de Souza

Raphael Petta da Silva

Andréia Chiquini Bugalho

Jair Aparecido Cardoso

**AUXÍLIO-DOENÇA A VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA
DOMÉSTICA AFASTADAS DO TRABALHO.....1249**

Anália Lourensato Damasceno

Jair Aparecido Cardoso

**O FGTS NA PANDEMIA: VALORIZAÇÃO DOS
DIREITOS TRABALHISTAS DURANTE O
CORONAVÍRUS.....1271**

Davi de Arruda Mello Teixeira

Carlos Alexandre Franco Garcia

Jair Aparecido Cardoso

Andréia Chiquini Bugalho

**O FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO:
EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO REGULADORA E
ASPECTOS GERAIS.....1296**

Bruno Walker Farias Cunha
Luan Henrique Bailly
Jair Aparecido Cardoso
Andréia Chiquini Bugalho

ANÁLISE DA COVID-19 COMO DOENÇA OCUPACIONAL: MP 927/2020 E A DECISÃO DO STF.....1318

Giovanna Assis Georgini
Karyn Adame Rinaldi
Rodrigo Borges Nicolau

O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E A DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR.....1335

Beatriz Costa Felippini
Caroline Fornarolli da Cruz
Sandra Helena Favaretto

NATUREZA JURÍDICA DA MEDIDAS SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO E A SUA EFICÁCIA.....1348

Gabriella Saiki
Luciana de Carvalho Nogueira Jorge
Natalia Marques Abramides Brasil

O PAPEL DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA PROTEÇÃO CONTRA A PORNOGRAFIA INFANTIL: ARTIGO 241-C.....1377

Laís Fusco Mendes
Letícia de Oliveira Furigo
Sandra Helena Favaretto

GRÁVIDAS ENCARCERADAS E O IMPACTO AOS DIREITOS DOS “FILHOS DO CÁRCERE”.....1398

Angélica Rosa Fakhouri

Izabela da Silva
Sandra Helena Favaretto

**AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O
TELETRABALHO.....1423**

Maria Gabriela Silva Moreira
Juliane Caravieri Martins

**PESSOA COM DEFICIÊNCIA: COMPENSAÇÃO PARA
O CUMPRIMENTO DA COTA NO PROJETO DE LEI
6.159/2019.....1439**

Gabriel Catini Lanzi
Rogério Alexandre de Oliveira Castro

**A RESPONSABILIDADE CIVIL TRABALHISTA POR
EXPLORAÇÃO DO TRABALHO EM CONDIÇÕES
ANÁLOGAS ÀS DE ESCRAVIDÃO NAS CADEIAS
PRODUTIVAS NO BRASIL.....1456**

Luana Graciana Silva
Jair Aparecido Cardoso

**AS MEDIDAS DE COMBATE À ESCRAVIDÃO
CONTEMPORÂNEA NO BRASIL.....1472**

Jair Aparecido Cardoso
Luísa Henares Rangel

**GRUPO DE TRABALHO VI – Direito do Trabalho e
Novas Tecnologia.....1505**

**REPENSANDO O INSTITUTO DA JUSTA CAUSA
OBREIRA À LUZ DA CONJUNTURA DO
TELETRABALHO.....1506**

Breno Antônio Navarro Bernardes Silva

Vinícius de Paula Pimenta Salgado

Jair Aparecido Cardoso

**TELETRABALHO NA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS:
REGULAÇÃO DE INFRAESTRUTURA
ADEQUADA.....1535**

Gabriela Helena de Oliveira Borges

Natália Marques Abramides Brasil

**UBERIZAÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA: A
INTENSIFICAÇÃO DA PRECARIZAÇÃO DO
TRABALHO DOS ENTREGADORES DE
PLATAFORMAS DIGITAIS.....1548**

Jasiel Ivo

Regina Andrade Sales Farias Lessa

**A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO: O CAPITALISMO
E A EXPLORAÇÃO DOS ENTREGADORES DE
APLICATIVO.....1564**

Flávia Andrade Gomes Alves

Natália Marques Abramides Brasil

Jair Aparecido Cardoso

**O TELETRABALHO NA CONTEMPORANEIDADE:
REFLEXÕES ANALÍTICAS.....1595**

João Victor Loss de Souza

Julia De Carli Baiôcco
Cláudio Jannotti da Rocha

**O HOME OFFICE E A TRIPLA JORNADA FEMININA
NO MUNDO CONTEMPORÂNEO DO
TRABALHO.....1612**

Beatriz Salvador de Magalhães
Cláudio Jannotti da Rocha
Daniella Gonçalves Stefanelli

**OS IMPACTOS DO TELETRABALHO NA SOCIEDADE
E SUA DISSEMINAÇÃO COM A REFORMA
TRABALHISTA.....1630**

Jéssica da Silva Gomes
Jair Aparecido Cardoso

**ALGORITMIZAÇÃO DO TRABALHO: REFLEXÕES
NUCLEARES.....1644**

Helena Emerick Abaurre
Cláudio Jannotti da Rocha
Ricardo José Macedo de Britto Pereira

**OS LIMITES DO PODER FISCALIZADOR NO
MONITORAMENTO EM TELETRABALHO.....1660**

Hugo Zanon Soares
Cláudio Jannotti da Rocha

**PRECARIZAÇÃO SOB DEMANDA: UMA ANÁLISE
SOBRE A SITUAÇÃO DOS TRABALHADORES DE
APLICATIVOS.....1677**

Daniel Lopes Casado
Andréia Chiquini Bugalho
Jair Aparecido Cardoso

**“BREQUE DOS APPS”: NOVAS TECNOLOGIAS,
VELHAS FORMAS DE EXPLORAÇÃO.....1689**

Clarissa Maçaneiro Viana

**O FENÔMENO DA UBERIZAÇÃO: OS CHOQUES
ENTRE A LEGISLAÇÃO TRADICIONAL E AS NOVAS
RELAÇÕES DE TRABALHO.....1704**

Gabriel Veroneze Girardi

João Pedro Miyada do Nascimento

Pedro Branquinho do Carmo

Jair Aparecido Cardoso

**A NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA
“UBERISTA”.....1735**

Everton Caldas Silveira

Edilton Meireles

**A REGULAMENTAÇÃO DO TELETRABALHO NO
BRASIL ANALISADO SOB A PERSPECTIVA DO
TELETRABALHO SUBORDINADO EM PORTUGAL, E
A OMISSÃO NA INTERNALIZAÇÃO NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO FRENTE A
REFORMA TRABALHISTA.....1762**

Letícia de Freitas

Jair Aparecido Cardoso

GRUPO DE TRABALHO I:
Direito Individual do Trabalho

A PROTEÇÃO DO TRABALHO EM FACE DA AUTOMAÇÃO

WORK PROTECTION DUE TO AUTOMATION

Marcelo Lobato da Silva¹

Jair Aparecido Cardoso²

RESUMO

Uma das questões que mais tem chamada atenção na atualidade é a evolução tecnológica, fruto da chamada revolução digital. É de conhecimento que a tecnologia impacta diretamente nos meios de produção, ocasionando diversos problemas para o trabalhador. Entretanto, tais problemas não são contemporâneos, como mostram as diversas revoluções industriais e o impacto da automação no mundo do trabalho. Não é por acaso que em 1988 foi lançado no bojo da Constituição Cidadã o artigo 7.º, inciso XXVII. Mencione-se, inclusive, que existe na doutrina grande cizânia quanto a eficácia do referido dispositivo. Buscamos assim, com o presente estudo, demonstrar que aduzido dispositivo tem aplicação imediata, principalmente quando pensamos no meio ambiente de trabalho. E

¹ Advogado. Pós-Graduando em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito Ribeirão Preto–USP (FDRP/USP). Membro do grupo de pesquisa (CNPQ) “A transformação do direito do trabalho na sociedade pós-moderna e seus reflexos no mundo do trabalho” da FDRP/USP; E-mail: marcelo.lobato@tarsetanoadvogados.com.br

² Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto–USP (FDRP/USP); Coordenador do grupo de pesquisa (CNPQ) “A transformação do direito do trabalho na sociedade pós-moderna e seus reflexos no mundo do trabalho” da FDRP/USP; Doutor em Direito pela Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP; graduado e mestre em direito pela Universidade Metodista de Piracicaba, UNIMEP; Autor de livros e artigos da área. E-mail: jaircardoso@usp.br

mais. Demonstrar-se-á, até por ser objeto principal do presente estudo, que a automação acarreta problemas de saúde ao trabalhador, fato este que, através do direito de defesa, possibilita a aplicação direta e imediata do referido dispositivo constitucional. É necessária uma análise sistemática do ordenamento jurídico, lembrando que a proteção do trabalhador quanto a automação se sustenta na própria proteção à vida.

Palavras-chave: automação, eficácia, constituição federal, meio ambiente de trabalho.

ABSTRACT

One of the issues that has drawn the most attention today is the evolution of technology, the result of the so-called digital revolution. It is known that technology directly impacts the means of production, causing several problems for the worker. However, such problems are not contemporary, as shown by the various industrial revolutions and the impact of automation on the world of work. It is no accident that in 1988 Article 7, item XXVII, was launched in the midst of the Citizen Constitution. It should also be mentioned that there is great schizania in the doctrine regarding the effectiveness of this device. Thus, we seek, with this study, to demonstrate that this device has immediate application, especially when we think about the work environment. And more. It will be demonstrated, even because it is the main object of the present study, that automation causes health problems to workers, a fact that, through the right of defense, allows the direct and immediate application of the referred constitutional provision. A systematic analysis of the legal system is necessary, remembering that the protection of workers in terms of automation is based on the protection of life itself.

Keywords: automation, effectiveness, federal constitution, work environment.

INTRUDUÇÃO

A pequena parte dos juristas que abordam a questão da proteção do trabalho em face da automação tende a observá-la da ótica da proteção do posto de trabalho. No nosso entender, acreditamos que a Constituição Federal de 1988 vai muito além dessa vertente.

Portanto, desde já, esclarecemos que o presente estudo não se debruçará sobre a proteção do posto de trabalho, apesar de entendermos que aduzida proteção também decorre do artigo 7.º, inciso XXVII, da Constituição Cidadã.

O presente trabalho fará uma análise contemporânea do aduzido dispositivo legal, principalmente tendo por norte a atual conjuntura econômica e social.

Veja-se que a Carta Magna estabelece ser direito dos trabalhadores, urbanos e rurais, a proteção em face da automação, não especificando qual seria essa proteção. Como o próprio “*caput*” do artigo 7.º nos faz entender – além de outros que visem a melhoria de sua condição social – será a proteção de qualquer ofensa que atinja a condição social do trabalhador.

Como se nota, a automação acarreta desemprego, em diversas formas, mas não somente isso. No nosso sentir, o artigo 7º, inciso XXVII, da Constituição Federal de 1988, procurou proteger os trabalhadores de todos esses “*efeitos colaterais*” da utilização e aplicação da automação, sendo um deles o objeto central do presente estudo.

1 AS REVOLUÇÕES INDUSTRIAIS E A AUTOMAÇÃO

O desenvolvimento da sociedade é marcado por evoluções tecnológicas que causaram grandes transformações no modo de vida.

As largas etapas do desenvolvimento tecnológico são denominadas de Revoluções Industriais. A história é marcada por três grandes Revoluções Industriais, estando em debate, na atualidade, a quarta Revolução Industrial, haja vista o desenvolvimento das novas tecnologias, do trabalho compartilhado e do capitalismo de multidão.

Como se sabe, a Primeira Revolução Industrial teve como marco central a Inglaterra dos séculos XVIII e XIX. Foi caracterizada pela substituição da manufatura pela maquinaria, ocorrendo principalmente a mecanização da indústria têxtil.

A grande característica foi o emprego do vapor e recursos minerais na mecanização do processo de produção.

Já nessa época, a substituição do trabalho humano pela maquinaria, com o aumento de produção e acúmulo de capitais trouxe severos reflexos sociais.

Começou-se a observar a formação do exército de reserva, ou seja, uma massa de desempregados.

O início da resistência dos trabalhadores também é observado nessa época. Temos, como exemplo, o movimento ludista, “liderado” por Ned Ludd, que identificando na mecanização da produção o motivo do desemprego e da piora nas condições de trabalho, inicia o movimento que ficou conhecido como “os quebradores de máquinas”.

Em ato contínuo a produção assumiu novos contornos desencadeando a Segunda Revolução Industrial, a qual foi marcada pela descoberta da energia elétrica, transformação do ferro em aço, avanço nos meios de transporte, meios de comunicação, desenvolvimento da indústria química e o uso do petróleo.

Mais uma vez, todos esses avanços tecnológicos viabilizaram grandes transformações sociais.

Nesse período desenvolveu a linha de montagem e o sistema Fordista de organização, que ocasionou a máxima especialização do

trabalhador, estreitando, ainda mais, suas funções na produção. Uma das características foi também a intensificação do ritmo de trabalho, que é bem retratada pelo emblemático “Tempos Modernos”, de Chaplin.

Em 1872, Karl Marx e Friederich Engels (2001, p.17/18) publicam o folheto “Manifesto Comunista”, do qual se extrai a seguinte passagem:

“...O crescente emprego das máquinas e a divisão do trabalho, despojando o trabalho do operário de seu caráter autônomo, tiraram-lhe todo o atrativo. O produtor passa a um simples apêndice da máquina e só se requer dele a operação mais simples, mais monótona; mais fácil de apreender. Desse modo, o custo do operário se reduz, quase exclusivamente, aos meios de manutenção que lhe são necessários para viver e procriar. Ora, o preço do trabalho, como de toda mercadoria, é igual ao custo de sua produção. Portanto, à medida que aumenta o caráter enfadonho do trabalho, decrescem os salários. Quanto mais se desenvolvem o maquinismo e a divisão do trabalho, mais aumenta a quantidade de trabalho, quer pelo prolongamento das horas, quer pelo aumento do trabalho exigido em um tempo determinado, pela aceleração do movimento das máquinas etc. A indústria moderna transformou a pequena oficina do antigo mestre de corporação patriarcal na grande fábrica do industrial capitalista. Massas operárias, amontoadas na fábrica, são organizadas militarmente. Como soldados da indústria, estão sob a vigilância de uma hierarquia completa de oficiais e suboficiais. Não são somente escravos da classe burguesa, do Estado burguês, mas também diariamente, a cada hora, escravos da máquina, do contramestre e, sobretudo, do dono da fábrica. Esse despotismo é tanto mais mesquinho, odioso e exasperador quanto maior é a franqueza com que proclama ter no lucro o seu objetivo exclusivo.”

Aduzidos manifestos deixa transparecer algumas consequências sociais da automação da produção naquele momento histórico.

A Terceira Revolução Industrial é caracterizada pelo avanço da microeletrônica, da química fina e da informática.

Tal revolução teve grande impulso após da Segunda Guerra Mundial, possibilitando alterações ainda mais profundas no processo de produção, expressas, principalmente, no toyotismo.

Tais alterações implicaram na maior precarização das condições de trabalho, com as terceirizações, necessidade da polivalência e aumento do ritmo de trabalho.

O desemprego estrutural, com a migração dos trabalhadores para o setor de serviços e, muitas vezes, para a informalidade, também são fenômenos que atingiram o mundo do trabalho naquele momento e que se estenderam até os dias de hoje, ficando essa situação escancarada na contemporaneidade, principalmente em razão da pandemia ocasionada pela Covid-19.

Já a quarta Revolução Industrial iniciou-se na virada do Século XX para o XXI.

Ela se caracteriza como uma revolução digital, marcada pela inteligência artificial, robótica, internet das coisas (IoT – Internet Of things em inglês), veículos autônomos, impressão 3D, nanotecnologia, biotecnologia, ciências materiais, armazenamento de energia e computação quântica, entre outras. (ZEPERER, 2019. p.34)

Suas consequências, diante da contemporaneidade, ainda são de grande controversa para os estudiosos, podendo-se já notar, entretanto, uma grande segmentação dos meios de produção.

Pondere-se, assim, que todas as Revoluções Industriais trouxeram consequências diretas para o mundo do trabalho e para os

trabalhadores, sempre tendo a automação como catalizadora dessas consequências.

Uma dessas consequências é, justamente, objeto do presente estudo.

2 CONCEITO DE AUTOMAÇÃO

Extraí-se do tópico anterior que a automação sempre teve o mesmo intuito durante as Revoluções Industriais, qual seja melhorar o sistema de produção com o emprego de melhores tecnologias ou mesmo com a melhoria do método organizacional das tecnologias existentes na época.

A tecnologia, portanto, sempre foi afeta ao sistema Capitalista.

Não é por outra razão que antes do Sistema Capitalista, ou seja, até aproximadamente o Século XVII, não podemos falar propriamente de uma tecnologia. (SILVA, 1996. p. 22).

Diante dessa visão, podemos conceituar automação como sendo o emprego de novas tecnologias no sistema Capitalista ou mesmo a reestruturação na utilização das tecnologias existentes, buscando substituir, em atividades cada vez mais complexas, a pessoa do trabalho, gerando tal fato reflexos diretos no mundo do trabalho.

Sampaio (1993. p. 54) realiza apontamentos importantes a respeito do fenômeno exarando que o desenvolvimento tecnológico, com a adoção da automação nas empresas implica em modificações na atividade, sobretudo redução de pessoal ou alteração do sistema de trabalho.

Note-se que o avanço tecnológico, ao passo de poder resultar em melhores condições de vida para a humanidade, tem provocado, principalmente no mundo do trabalho, efeitos como o desemprego estrutural e a precarização das relações de trabalho, devido as novas

formas de organização da produção de trabalho, além de alterar profundamente a forma de ser e de se organizar da classe trabalhadora.

Em verdade, a automação tem impingindo o trabalhador a intensificar seu ritmo de trabalho e tornar-se cada vez mais polivalente, preocupado e superespecializado, na busca de não ser lançado ao exercito de reserva, fato este que tem trazidos implicações nefastas.

3 PROTEÇÃO À SAÚDE DO TRABALHADOR

Como delineado a utilização da automação implicou em mudanças estruturais na forma de organização da produção.

Destaca-se, por necessário, o trecho extraído da obra de Chiavenatto (2003: p. 414 e 427) grande autor na área de administração de empresas:

A tecnologia sempre influenciou poderosamente o funcionamento das organizações a partir da Revolução Industrial. Essa foi o resultado da aplicação da tecnologia da força motriz do vapor na produção e que logo substituiu o esforço humano permitindo o aparecimento das fábricas e indústrias. No final do século XVIII, a invenção da máquina de escrever foi o primeiro passo para a aceleração do processo produtivo nos escritórios. A invenção do telefone, no final do século XIX, permitiu a expansão e a descentralização das organizações rumo a novos e diferentes mercados. O navio, o automóvel, o avião proporcionaram uma expansão sem precedentes nos negócios mundiais. O desenvolvimento tecnológico sempre constituiu a plataforma básica que impulsionou o desenvolvimento das organizações e permitiu a consolidação da globalização. Todavia, foi a invenção do computador na segunda metade do século XX que permitiu que as organizações passassem a apresentar as atuais características de automatização e automação de suas atividades. Sem o computador não haveria a

possibilidade de se administrar grandes organizações com uma variedade incrível de produtos, processos, materiais, clientes, fornecedores e pessoas envolvidas. O computador ofereceu às organizações a possibilidade de lidar com grandes números e com grandes e diferentes negócios simultaneamente a um custo mais baixo e com maior rapidez e absoluta confiabilidade. (...) Com a Cibernética surge a noção de máquinas organizadas: o conceito de máquina se aproxima do conceito de organização (dotada de controle, retro-ação e análise da informação). A nova mudança dos tempos atuais: estamos passando da organização da produção (transformação de coisas em coisas) para a organização da produção em termos de fluxo de coisas e de informação. Na verdade, a automação é uma extensão lógica da Administração Científica de Taylor. Desde que as operações tenham sido analisadas como se fossem operações de máquinas e organizadas como tal (e a administração Científica realizou isso com sucesso), elas deveriam poder ser feitas por meio de máquinas capazes de substituir a mão do homem.

Num primeiro momento observou-se o desenvolvimento do fordismo e taylorismo.

Característico desses sistemas de organização da produção, as linhas de montagem colocavam cada trabalhador “superespecializado” em apenas uma parcela da execução do bem de consumo, o que ampliava ainda mais o estranhamento do trabalho, ou seja, o trabalhador deixava de reconhecer seu papel na produção. Uma característica que se manteve, foi a concentração e organização vertical, hierarquizado.

O toyotismo inverteu essa lógica. Descentralizou, implementou o sistema *just in time*, e transformou as empresas em enxuta, hoje até mesmo chamada de “startup enxuta”, ou seja, com o mínimo de mão de obra, sem estoque e produção em células,

implementou o sistema de equipes e, a partir daí, a responsabilização dos trabalhadores pela qualidade da produção.

Com a pandemia, ocasionada pela Covid-19, se descentralizou ainda mais as atividades, lançando o trabalhador no sistema home office, reduzindo-se os custos e tornando a empresa enxuta ao extremo.

A descentralização das atividades propiciou o desenvolvimento e a aceitação da terceirização, quarteirização e outras tantas formas, falando-se na atualidade de Neotaylorismo digital. (ZIPPERER, 2019, p. 91)

Como consequência, as evoluções no processo de produção causaram, e causam, alterações profundas no modo de organização da produção e no próprio modo de vida trabalhador, suas concepções de trabalho e classe.

Modifica-se por completo o paradigma do trabalho, que deixou de ser remunerado por tempo para ser remunerado pelo resultado da tarefa, ou seja, ao invés de controlar o processo produtivo, realiza-se avaliação ex post podendo-se rechaçar o trabalho se não tem a qualidade exigida e controle ex ante a partir da não contratação de trabalhadores sem boas avaliações no sistema de reputação “on-line” (ZIPPERER, 2019, p. 91).

A intensificação do trabalho gera, ano após ano, uma “epidemia” de doenças profissionais, resultando na incapacitação de um número alarmante de trabalhadores.

A intensificação do ritmo de trabalho, trabalhado esse que hoje é inclusive lançado para fora da empresa em razão do arcabouço tecnológico existe, aprofunda o estranhamento do trabalhador, na elaboração do produto social, e ao mesmo tempo, aprofunda as lesões físicas e as doenças emocionais.

A exaustão, física e emocional, contribui para a ocorrência de acidentes típicos do trabalho e a existência de doenças ocupacionais, fatos estes que sangram todo o sistema de seguridade social.

Todos esses fatores convalidam o entendimento de que, na forma de produção capitalista, o desenvolvimento tecnológico é posto a serviço do capital, perdendo seu papel social e de ímpar relevância, ao implicar na ampliação da exploração, em todos os aspectos, individual e coletivamente, e não da melhora da qualidade de vida do trabalhador.

Portanto, é de se extrair que a proteção do trabalho em face da automação nunca foi tão relevante, tratando-se o artigo 7.º, inciso XX, da Constituição Federal de 1988, de dispositivo atual, sendo viga mestra para a proteção, não apenas do posto de trabalho, mas também do trabalhador que tem sua saúde atingida em razão da automação.

A proteção em tela corresponde a efetivação de uma gama de direitos sociais, concebidos com a experiência histórica da humanidade, que resultaram na evolução do pensamento humano com referência aos ditos direitos de segunda dimensão, direitos esses fundamentais.

4 A EFICÁCIA DO ARTIGO 7º, INCISO XXVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Como relata Bastos (2002, p. 115),

a utilização de certas expressões lingüísticas, como “a lei regulará” ou “a lei disporá”, ou, ainda, “na forma da lei” deixa de logo claro que a vontade constitucional não está integralmente composta. A matéria normada não ganhou definitividade em seu perfil. Ela reclama a superveniência de uma normação posterior que venha a delimitá-la na sua exata extensão, quer para alargá-la quer para restringi-la.

Incontestável que o artigo 7º, inciso XXVII, da Carta Política depende de regulamentação, já que possui a seguinte disposição: “*proteção em face da automação, na forma da lei*”.

Como é de conhecimento, existem diversas classificações que tratam da aplicabilidade das normas constitucionais. Entretanto, a mais consagrada é a de José Afonso da Silva (2005. p.138), o qual define como normas de eficácia plena, contida e limitada.

Normas de eficácia plena são aquelas que, com a entrada em vigor da Constituição de 1988, apresentam eficácia plena e integral, independentemente de legislação ulterior. Ou seja, sua aplicabilidade transpassa a vontade teórica para o campo fático. Portanto, são normas que bastam a si mesmas e não precisam do legislador infraconstitucional para alcançarem sua plena eficácia.

Normas de eficácia contida, ou como alguns doutrinadores denominam, normas de eficácia restringível, são aquelas normas que, com a entrada em vigor da Carta Política de 1988, estão aptas a produzir todos os seus efeitos, mas podem ter sua eficácia restringida pela legislação infraconstitucional. Portanto, seu conteúdo transpassa, também, a vontade teórica do constituinte.

Já as normas de eficácia limitada são aquelas que, segundo Lenza (2008, p. 107):

de imediato, no momento em que a Constituição é promulgada, não tem o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de uma lei integrativa infraconstitucional. São, portanto, de aplicabilidade mediata e reduzida, ou, segundo alguns autores, aplicabilidade diferida.

Esclareça-se que a norma de eficácia limita possui efeito sim, qual seja o de vincular o legislador infraconstitucional aos seus ditames.

Ressalte-se que José Afonso da Silva, classificava as normas de eficácia limitada em duas modalidades: normas de princípio institutivo (ou organizativo) e normas de princípio programático.

As normas de princípio institutivo seriam aquelas, nas palavras do mencionado autor, que contêm esquemas gerais de estruturação das instituições, órgãos ou entidades, pelo que poderiam chamar-se normas de princípio orgânico ou organizativo.

Essas normas, portanto, apresentam esquemas gerais que vão ganhar contorno com a lei infraconstitucional.

As normas de princípio programático são normas constitucionais através das quais o constituinte limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado. (DA SILVA, 2005, p. 138)

Constituem, na verdade, verdadeiros programas de Estado (projetos políticos) a serem cumpridos e operacionalizados pela legislação hierarquicamente inferior e pelos órgãos públicos.

Assim, feitas essas ponderações conclui-se que o artigo em comento constitui-se em norma de eficácia limitada, mais precisamente, normas de princípios institutivos, ainda não regulamentado, cujo objetivo é proteger a pessoa do trabalhador do crescimento tecnológico nas empresas, crescimento este que culmina por diminuir a necessidade de mão de obra.

Imperioso obtemperar, entretanto, no que se refere a proteção ao meio ambiente de trabalho, o referido dispositivo perpassa das eficácias limitadas, tendo aplicabilidade direta e imediata por força do mando de otimização previsto no artigo 5.º, parágrafo primeiro, da Constituição Cidadã.

Isso porque os direitos fundamentais, principalmente os direitos fundamentais de defesa, devem ser respeitados independente da existência de lei infraconstitucional.

Como se viu no transcórre do presente estudo, a automação, que é afeta diretamente ao Capitalismo, ocasiona diversos problemas de saúde ao trabalhador, trazendo patente risco ao meio ambiente de trabalho, não podendo-se esperar por lei infraconstitucional.

Lembre-se que a saúde e o meio ambiente de trabalho devem ser protegidos, ressaltado o valor social do trabalho, tido como fundamento da República Federativa do Brasil, bem como a Dignidade Humana.

A Lei n.º 9.956/2000, relativa ao trabalho dos frentistas em postos de abastecimento de combustíveis, é um dos poucos exemplos que efetivou uma proteção do trabalhador em face da automação, ao proibir o acionamento das bombas de auto-serviço pelo consumidor. No mais, os trabalhadores, como um todo, carecem de norma legal que os resguardem contra os percalços da automação.

Entretanto, ressalte que como meio de defesa, inclusive da vida, o artigo 7.º, inciso XXVII, deve ser observado de forma direta e imediata.

CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que o artigo 7.º, inciso XXVII, da Constituição Cidadã, que protege o trabalhador em face da automação possui sua eficácia direta e imediata quando pensamos no meio ambiente de trabalho.

A automação, indiscutivelmente, impinge ao trabalho situações nefastas, fato este que permito a parte hipossuficiente da relação, inclusive com base no princípio da dignidade humana e no

valo social do trabalho, como direito de defesa de sua condição humana, invocar a eficácia direta e imediata.

Entender de forma diferente e negar a própria essência do Direito Constitucional e do Direito do Trabalho.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.956, de 12 de janeiro de 2000. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 jan. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9956.htm>. Acesso em: 01 set. 2020.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2002.

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à Teoria Geral da Administração**. 7 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros. 2005.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12. Ed. Ver., atual. E ampl. São Paulo : Saraiva, 2008. Pag. 107.

MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. **Manifesto Comunista**. São Paulo: CPV, 2001.

SAMPAIO, Aluysio Mendonça. **Dicionário de Direito do Trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTr, 1993.

SILVA, Elias Norberto da. **A automação e os trabalhadores**. São Paulo: LTr, 1996.

ZIPPERER, André Gonçalves. **A intermediação de trabalho via plataformas digitais**: repensando o direito do trabalho a partir das novas realidades do século XXI. São Paulo: LTr, 2019.

FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS DOS TRABALHADORES: ENTRE A MINIMIZAÇÃO DO CAOS E A AFRONTA AOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS

FLEXIBILIZATION EMPLOYEES´S RIGHTS: BETWEEN MINIMIZING CHAOS AND CONCERNING CONSTITUTIONAL RIGHTS

*Angela Carolina Soncin³
Jéssica Galloro Lourenço⁴
Juvêncio Borges Silva⁵*

RESUMO

O presente artigo científico tem por objetivo analisar a possibilidade trazida pela Medida Provisória 936, de 1º de abril de 2020, convertida posteriormente na Lei 14.020, de 6 de julho de 2020, de realização de redução salarial e de redução da jornada de trabalho do empregado por meio de acordo individual, diante da ausência de políticas públicas mais efetivas. Para tanto, realizou-se uma pesquisa qualitativa do tema a ser examinado, utilizando-se a técnica da pesquisa bibliográfica e documental, com análise de pontos da Medida Provisória 936, de 1º de abril de 2020, assim como da Constituição Federal de 1988. Deste

³ Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP; e-mail: bkpac@hotmail.com.

⁴ Mestranda em Direito Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP; e-mail: galloro.jessica@gmail.com.

⁵ Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Doutor pela Unesp, Mestre pela Unicamp, Profesoosor do Programa de Pós-Graduação em Direitos Coletivos e Cidadania da UNAERP; e-mail: juvencioborges@gmail.com.

modo, será possível concluir com este breve estudo, que, apesar da importância dos Sindicatos, diante da ausência de políticas públicas mais efetivas e diante da necessidade de medidas urgentes, empregados e empregadores encontraram um alento, ainda que mínimo, na flexibilização de regras contidas na Constituição Federal. **Palavras-Chave:** Direitos Fundamentais. Políticas Públicas. Sindicato dos trabalhadores. Medidas Provisórias.

ABSTRACT

The objective of this scientific article is to analyze the possibility brought by Provisional Measure 936, of April 1, 2020, later converted into Law 14.020, of July 6, 2020, of wage reduction and reduction of the employee's workday through individual agreement, in the absence of more effective public policies. For this purpose, a qualitative research was carried out on the theme to be examined, utilizing the technique of the bibliographic and documental research, with analyze of the Provisional Measure 936 of April 1, 2020, as well as of the Federal Constitution of 1988. In this way, it will be possible to conclude with this brief study, that, despite the importance of the Unions, in the absence of more effective public policies and in view of the need for urgent measures, employees and employers found encouragement, albeit minimal, in flexibilization rules contained in the Federal Constitution.

Keywords: Fundamental rights. Public Policy. Labor Union. Provisional Measure.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, forçoso ressaltar a instabilidade e caos enfrentado pelo mundo. Não há como se negar que o momento atípico vivido é de relevância e preocupação mundial. Quase que a totalidade

dos países existentes foram obrigados a suportar a perda de milhares e até milhões de vidas para o Sars-coV-2.

Foi a partir de dezembro de 2019 que as informações acerca da existência de um novo tipo de vírus ganharam os noticiários. O mundo conheceu os efeitos da então denominada COVID-19.

A cidade de Wuhan, província de Hubei, na República Popular da China, foi a primeira a sentir os efeitos da doença. Depois disso, ela espalhou-se rapidamente pelo mundo fazendo com que rotinas fossem totalmente transformadas e restrições de circulação, fechamento de estabelecimentos e protocolos de saúde fossem impostos.

Em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou que o surto da doença causada pelo novo coronavírus (COVID-19) constituía uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional, atestando, em 11 de março de 2020, a existência de uma pandemia (OPAS, 2020).

Analisando as ocorrências dos meses de abril e julho de 2020 houve um grande aumento de casos. Até o dia 29 de abril de 2020 foram oficialmente confirmados, no mundo, considerando 213 países, áreas ou territórios com casos de COVID-19, o total de 3.090.445 (três milhões noventa mil quatrocentos e quarenta e cinco mil) casos, chegando o número de mortos a 217.769 (duzentos e dezessete mil, setecentos e sessenta e nove) (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2020).

Já no dia 4 de junho de 2020 os números eram ainda mais impactantes. Tendo por base a mesma fonte de consulta, encontraram casos da doença em 216 países, e observaram um total de 6.535.354 (seis milhões quinhentos e trinta e cinco mil trezentos e cinquenta e quatro) casos, chegando o número de mortos a 387.155 (trezentos e oitenta e sete mil cento e cinquenta e cinco).

Assim, no prazo de 4 meses houve um aumento de 3.444.909 (três milhões, quatrocentos e quarenta e quatro mil, novecentos e nove) casos e por volta de 170.000 (cento e setenta mil) mortes a mais.

Considerando o dia 25 de agosto de 2020, continuamos com 216 países com registro de casos, mas já totalizamos 23.752.965 (vinte e três milhões setecentos e cinquenta e dois mil novecentos e sessenta e cinco) casos, com 815.038 (oitocentos e quinze mil e trinta e oito) mortes (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2020).

No Brasil, guardadas as proporções, os números são ainda mais assustadores, considerando as mesmas datas. Em 29 de abril de 2020 tínhamos 78.162 (setenta e oito mil cento e sessenta e dois) casos confirmados e 5.466 (cinco mil quatrocentas e sessenta e seis) mortes em decorrência da doença (OPAS, 2020). Já em 4 de junho de 2020 temos 584.016 (quinhentos e oitenta e quatro mil e dezesseis) casos confirmados e 32.548 (trinta e dois mil quinhentos e quarenta e oito) mortes (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2020)⁶, ou seja, 505.854 (quinhentos e cinco mil, oitocentos e cinquenta e quatro) casos a mais e um aumento de 27.082 (vinte e sete mil e oitenta e duas) mortes.

Já no dia 25 de agosto de 2020 identificamos 3.622.861 (três milhões, seiscentos e vinte e dois mil, oitocentos e sessenta e um) casos, com 115.309 (cento e quinze mil trezentas e nove) mortes (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2020).

Assim, é evidente que desde o primeiro dia da doença, o número de vítimas aumenta aos milhares e o descontrole inicial da novidade trazida pela moléstia desconhecida pela maioria das pessoas, tomou conta da situação, sendo estritamente necessária a tomada de

⁶ Não foram utilizadas as mesmas fontes para a citação dos números noticiados no Brasil, pois a OPAS retirou, desde 1º de maio de 2020 referidos dados de seu site.

medidas urgentes, ainda que sem poder precisar ao certo sua efetividade.

Diante disso, há um estado de calamidade pública e de emergência de saúde pública de importância internacional reconhecido pelo direito positivo por intermédio do Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020 (BRASIL, 2020), o que requer que medidas sejam tomadas pelos governantes, seja na área social, seja na área econômica.

As medidas restritivas de circulação, no Brasil e no mundo, foram dos mais variados tipos. Foram fechados, no intuito de se evitar aglomerações, aeroportos, estabelecimentos comerciais, escolas, locais de lazer, ficando apenas os serviços essenciais em funcionamento.

Além disso, diversas medidas provisórias, decretos e portarias foram publicadas para enfrentamento do estado de calamidade pública.

Era evidente a preocupação com a estabilidade econômica e com a garantia do emprego e renda do trabalhador, assim como com o possível aumento da criminalidade e da pobreza causados pelo desemprego.

Com isso, diversas medidas envolvendo direitos trabalhistas foram postas, no intuito de enfrentar o momento de caos que estava instalado, buscando minimizar seus efeitos e garantir os direitos dos trabalhadores.

Ocorre que algumas das medidas apresentadas – sendo aqui objeto de discussão a Medida Provisória 936, de 1º de abril de 2020 – acabaram, para alguns, por violar, mas para outros, por flexibilizar, direitos dos trabalhadores assegurados pela Consolidação das Leis do Trabalho e pela própria Constituição Federal, discussão esta que será, ainda que de forma breve, objeto do presente artigo.

As entidades sindicais detêm grande importância no que diz respeito a proteção dos direitos dos trabalhadores, sendo sua luta histórica e tendo perpassado os mais diversos regimes políticos existentes no Brasil.

Através das negociações coletivas, dos auxílios nas fiscalizações ou até mesmo nas ações de âmbito coletivo, buscando lutar pela classe trabalhadora, este mostra-se como ferramenta de equilíbrio nas relações de trabalho, onde o obreiro é parte hipossuficiente, ou seja, mais fraca deste vínculo.

Ainda assim, o país encontra-se em momento delicado, onde garantias constitucionais estão sendo que ser sobrepesadas, até mesmo pelo bem da coletividade, momento este, em que até mesmo a participação de órgão tão importante nas negociações, precisa ser discutida e avaliada, sob pena de em uma situação pandêmica acabar por delongar tratativas, colocando em perigo necessidades de urgência e emergência.

1 DA IMPORTÂNCIA DOS SINDICATOS DOS EMPREGADOS

Os Sindicatos atuam em diversos campos da sociedade, sendo definidos como associações perenes entre pessoas físicas e jurídicas que exerçam suas funções dentro de um mesmo tipo de atividade. O objetivo e de sua existência é a defesa dos direitos de seus membros.

No campo dos Sindicatos dos empregados, estes atuam na salvaguarda dos interesses dos obreiros, através da elaboração de convenções e acordos coletivos com as empresas, assistência jurídica aos trabalhadores, intervenção legal em ações judiciais e até mesmo recebendo e encaminhando denúncias de condições inadequadas de

trabalho, aos órgãos fiscalizadores, lutando para que estas sejam regularizadas.

Dentro das relações de trabalho, os funcionários são a parte hipossuficiente da relação, representando o trabalho, conquanto, o capital figura-se na imagem do patrão, parte hiperssuficiente da relação. Diante deste contexto, de modo a dar mais voz e segurança a este vínculo, a atuação das entidades sindicais são essenciais, como ferramenta de equilíbrio e paridade.

Um dos papéis citados como de grande importância dos sindicatos está em relação às condições de trabalho e até mesmo aos salários. Para que estes sejam dignos e sua evolução acompanhe, ainda que minimamente, a evolução da inflação e dos preços, as entidades sindicais, em sua maioria, estabelecem o dissídio em suas convenções coletivas.

Para Jorge Neto e Cavalcante (2010, p.1785), a negociação coletiva representa o modo mais eficiente de dirimir de controvérsias coletivas de trabalho. Nestas, por vezes, se estabelece o dissídio, o qual corresponde aos valores atribuídos ao trabalho.

Sobre o tema Karl Marx afirma que

[...] há uma grande diferença entre o montante do salário determinado pela oferta e procura e o montante do salário que o vendedor - o operário - é forçado a aceitar, quando o capitalista trata com cada operário isoladamente e lhe impõe um salário abaixo, explorando a miséria excepcional do operário isolado, independentemente da relação geral da oferta e da procura. Em consequência, os operários unem-se para se colocarem, de certo modo, num pé de igualdade com o capitalista no que respeita ao contrato de compra e venda do seu trabalho. É essa a razão (a base lógica) dos sindicatos.

No Brasil, a formação do Sindicato se deu por influência de trabalhadores imigrantes da Europa (CIOFFI, L., 2010, p. 43-56). A contar da Primeira República, com o desenvolvimento industrial e a aglomeração provocada nas cidades, surge nos trabalhadores questionamentos em relação a melhores condições, sendo que ideias oriundas da Europa são trazidas ao Brasil, com enfoque na ideologia comunista. Neste espeque, trabalhadores passaram a reunir-se para uma finalidade comum, tendo sindicato como a principal forma de organização (CARONE, 1970, p. 191-199).

Isto ocorre, pois estes imigrantes tinham experiência com trabalho assalariado, enquanto o Brasil acabava de sair da abolição da escravatura. A experiência e os direitos já adquiridos nos outros países fizeram que estes imigrantes movimentassem o campo de trabalho, sendo criadas associações que reivindicavam melhores condições.

Temos que neste período o Sindicalismo possuía uma viés político-ideológico, sendo que grande parte rebatia que estes muitos defendiam os sindicatos como instrumentos políticos do proletariado (CARONE, 1991, p. 49). A partir da Era Vargas estes pararam de ter este caráter autônomo, sujeitando-se ao controle do Estado.

Nesta toada, o Ministério do Trabalho e Emprego passou a ter controle orçamentário das entidades sindicais, participar de assembleias, decretou-se a unicidade sindical (um sindicato por categoria), dentre outras novas regras estabelecidas.

Süssekind (2002, p. 37) opina que houve

quem a considerasse de feição corporativa por impor a unicidade sindical, limitar as associações como órgãos consultivos do governo. Mas a posição ideológica dos seus autores refuta essa conclusão. Aliás, a unicidade sindical obrigatória, antes de ser adotada pela Itália fascista, o foi pela União Soviética, tendo sido justificada em 1913 por MAXIME LEROY.

E a proibição de promover sectarismos políticos ou religiosos não é prerrogativa do corporativismo.

Mesmo com toda a barreira criada pelo getulismo a atividade sindical, diversas foram as greves ocorridas no período, sendo que em 1960 a luta sindical se intensifica com diversas movimentações e a celebração do III Congresso Sindical Nacional, quando foi criado o Comando Geral dos Trabalhadores (CGT).

Porém, com o golpe militar, novamente a atividade se apequenou, sendo que na época apenas pequenos movimentos ocorreram mediante suporte da igreja católica, através de meras práticas educativas (MANFREDI, 1994, p. 106). Com a redemocratização e a Constituição Federal de 1988 diversas regras que dificultavam a atuação das entidades sindicais foram retiradas, podendo assim atuarem com maior liberdade, porém, ainda com resquícios das regras anteriores que levam a discussão sobre a importância dos sindicatos até hoje.

De toda forma, em todos os momentos da história, ainda que de formas diferentes, o Sindicato exerceu seu papel como pôde, sendo um dos principais atores da participação democrática no mundo do trabalho. O desenvolvimento capitalista levou a diversas precarizações no âmbito do trabalho, sendo elemento muito atuante no que diz respeito em mudanças socioculturais.

As entidades sindicais são associações civis que buscam através de sua atividade, fiscalizar, para que abusos não sejam cometidos em desfavor dos trabalhadores, bem como para que através de acordos coletivos, benefícios, como concessão de plano de saúde e auxílio alimentação, por exemplo, sejam concedidos aos obreiros.

O autor Nascimento (2009, p.485) destaca também uma função social, econômica e até mesmo política das convenções

coletivas. Isto porque a política nos leva a ideia de diálogo, o que é cumprido pelo sindicato quando negocia com as empresas. Sua função social se destaca também, pois, a entidade sindical dá voz aos trabalhadores em tal negociação ou até mesmo em ações coletivas.

Dentro do Direito do Trabalho, a clara oposição de forças, na qual o obreiro é a parte mais fraca da relação, a existência dos Sindicatos privilegia princípio componente deste ramo do Direito, o Princípio da Proteção ao Trabalhador. O Princípio da Proteção visa que se garanta ao trabalhador a aplicação de normas e que a interpretação desta lhe seja a mais benéfica.

A existência de negociadores comprometidos na elaboração das normas coletivas, a presença de uma entidade com fulcro em eventualmente representar o trabalhador entre os órgãos fiscalizadores, traz à tona a representatividade que uma associação como os sindicatos tem na vida do trabalhador. Logo, em algumas situações, imaginar sua ausência, leva ao sentimento de desamparo e desigualdade de partes na relação de trabalho.

A liberdade sindical é essencial para este exercício, assim afirma Amauri Mascaro Nascimento (2003, p. 150)

Como conseqüência da liberdade sindical resulta um poder de determinação autônoma das condições de trabalho. O exercício desse poder se manifesta como uma função típica e qualificante da organização sindical, ainda que não exclusiva. A esse fenômeno de auto-regulamentação dos interesses entre grupos contrapostos dá o nome de autonomia coletiva.

Temos assim, ainda que por vezes seja questionada a atuação do sindicato, sua grande importância como ente representativo dos interesses dos trabalhadores, bem como órgão atuante na busca dos melhores interesses da classe trabalhadora, de modo a equilibrar uma relação díspar, como é a de trabalho.

Apesar disso, faremos no presente trabalho algumas considerações, tendo em vista o momento atípico enfrentado.

2 DA FLEXIBILIZAÇÃO DOS INCISOS VI E XIII DO ARTIGO 7º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL PELA MP 936/2020

Não há como se negar a importância dos Sindicatos na vida dos trabalhadores, assim como que muitos dos direitos dos trabalhadores foram conquistados pela luta conjunta com os Sindicatos das categorias, haja vista que, como delineado acima, estes operam como ferramenta de igualdade na relação trabalhista.

O artigo 7º da Constituição Federal prevê direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, dentre os quais estão o direito à irredutibilidade salarial (inciso VI) e a duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais (inciso XIII), sendo facultados a compensação de horários e a redução da jornada, assim como a redutibilidade salarial, mediante negociação coletiva, ou seja, com participação sindical.

É evidente que a intenção do legislador constituinte, quando da redação dada aos incisos VI e XIII do artigo 7º da Constituição Federal, foi proteger o empregado de qualquer repressão por parte do empregador ou do sindicato dos empregadores, em negociações que envolvessem os direitos dos trabalhadores, em especial, a supressão deles.

Ocorre, que o caos instalado pela COVID-19 requeria medidas e soluções rápidas para a sobrevivência das pessoas e da economia. Os Sindicatos não estavam com seus estabelecimentos e operações ativas no momento, tendo em vista as restrições de funcionamento

impostas pelo governo para conter a doença, o que dificultava o contato. Além disso, o tempo exigido para uma regular negociação ou um acordo coletivo não era compatível com a urgência requerida pelo momento, ou ainda as exigências de quórum totalmente inviáveis⁷, razão pela qual a Medida Provisória 936/2020 autorizou a realização de acordos individuais para a realização da redução proporcional de jornada de trabalho e de salário⁸.

⁷ Art. 612 - Os Sindicatos só poderão celebrar Convenções ou Acordos Coletivos de Trabalho, por deliberação de Assembleia Geral especialmente convocada para esse fim, consoante o disposto nos respectivos Estatutos, dependendo a validade da mesma do comparecimento e votação, em primeira convocação, de 2/3 (dois terços) dos associados da entidade, se se tratar de Convenção, e dos interessados, no caso de Acordo, e, em segunda, de 1/3 (um terço) dos mesmos.

Parágrafo único. O "quorum" de comparecimento e votação será de 1/8 (um oitavo) dos associados em segunda convocação, nas entidades sindicais que tenham mais de 5.000 (cinco mil) associados.

Art. 614 - Os Sindicatos convenientes ou as empresas acordantes promoverão, conjunta ou separadamente, dentro de 8 (oito) dias da assinatura da Convenção ou Acordo, o depósito de uma via do mesmo, para fins de registro e arquivo, no Departamento Nacional do Trabalho, em se tratando de instrumento de caráter nacional ou interestadual, ou nos órgãos regionais do Ministério do Trabalho e Previdência Social, nos demais casos.

§ 1º As Convenções e os Acordos entrarão em vigor 3 (três) dias após a data da entrega dos mesmos no órgão referido neste artigo.

§ 2º Cópias autênticas das Convenções e dos Acordos deverão ser afixadas de modo visível, pelos Sindicatos convenientes, nas respectivas sedes e nos estabelecimentos das empresas compreendidas no seu campo de aplicação, dentro de 5 (cinco) dias da data do depósito previsto neste artigo.

⁸ Art. 7º Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, o empregador poderá acordar a redução proporcional da jornada de trabalho e de salário de seus empregados, por até noventa dias, observados os seguintes requisitos:

(...)

II - pactuação por acordo individual escrito entre empregador e empregado, que será encaminhado ao empregado com antecedência de, no mínimo, dois dias corridos. (grifo nosso)

A Medida Provisória 936 instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispôs sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido, sendo convertida na Lei 14.020 de 6 de julho de 2020.

Referida medida provisória foi proposta no intuito de preservar o emprego e a renda do trabalhador, garantir a continuidade das atividades laborais e empresariais, e ainda reduzir o impacto social decorrente das consequências do estado de calamidade pública e da emergência de saúde pública.

Para tanto, autorizou, dentre outras medidas, que o empregador realizasse a suspensão do contrato de trabalho do empregado, assim como a redução proporcional de sua jornada e renda, sendo pago pelo governo, a quem tivesse seu contrato suspenso ou sua jornada e renda reduzidos, um benefício, em pecúnia, chamado de Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda, o qual teria por objetivo complementar a renda do trabalhador e desonerar o empregador.

Ocorre, que a suspensão do contrato, assim como a redução proporcional de sua jornada e renda foram autorizadas mediante acordo individual, ou seja, sem a participação dos sindicatos das categorias, de forma diversa da determinada pela Constituição Federal nos incisos VI e XIII do artigo 7º, gerando, por óbvio, inúmeras controvérsias.

Reza o artigo 7º e os incisos VI e XIII, da Constituição Federal (1988) que

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

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

(...)

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

(grifo nosso)

Assim, a Constituição Federal traz, de forma expressa, a necessidade de participação direta do Sindicato na negociação, mediante acordo ou convenção coletiva, para a realização da redução salarial e de jornada de trabalho.

Deste modo, a autorização de forma diversa foi objeto de inúmeras discussões, as quais desaguararam, inclusive, na propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6363, na qual foi questionada a Constitucionalidade da Medida Provisória 936, haja vista que contrária, de forma expressa, ditame constitucional.

Apesar disso, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento, ainda preliminar, da ADI 6363, decidiu, por 7 votos a 3, por manter a redação da Medida Provisória 936/2020, autorizando os acordos individuais.

Desde 6 de julho de 2020 a Medida Provisória 936 foi convertida na Lei 14.020, mesmo assim, não há um consenso dentre os estudiosos do Direito, sobre o tema. Parte da doutrina entende que o trabalhador, como parte hipossuficiente, necessita da proteção do Sindicato para ter garantido seus direitos; já outra parte entende que, diante do momento vivenciado, a flexibilização dos direitos é medida que se impõe para garantir que o mínimo seja garantido aos trabalhadores.

Brito Filho (2020) defende a necessidade da realização de acordos e negociações coletivas para a garantia dos direitos dos

trabalhadores, sendo que “permitir que essa ideia consolidada há muito tempo, e constitucionalizada, no caso brasileiro, seja revertida é aceitar que a relação de emprego não é mais uma relação em que há um sujeito especialmente protegido, o que contraria a própria razão de existir de um conjunto normativo construído a partir dessa ideia” (2020, p. 578).

No mesmo sentido, Garcia (2020, p. 3) traz que a

ressalva estabelecida pela Constituição quanto à irredutibilidade de salário, em si, tem evidente natureza normativa de regra jurídica, não podendo ser ampliada ou contornada pelo intérprete por meio de argumentos comoventes ou técnicas que tenham como objetivo alcançar certo resultado pretendido, que se defenda como o mais justo e razoável, mas que é distinto do comando constitucional.

Já em sentido contrário, podemos citar Almeida (2020, p. 2), o qual defende que na hipótese trazida pela Medida Provisória 936/2020, a “redução salarial mediante acordo individual visa à garantia do emprego e renda para os trabalhadores de uma maneira geral, sobretudo nas pequenas e médias empresas, garantidoras maiores que são do objetivo do pleno emprego, e também a viabilidade da atividade econômica dessas empresas”.

É necessário aqui reforçar que as disposições trazidas pela Medida Provisória 936/2020, apesar de flexibilizar direitos dos trabalhadores, não é medida que visa alterar a Constituição Federal ou outras regras postas na Consolidação das Leis do Trabalho; referida medida visa, tão somente, minimizar os efeitos da crise vivida, fazendo valer suas regras enquanto perdurar o estado de calamidade decretado.

Neste sentido, Cassar (2020, p. 11) defende que “a MP 936/20 ao autorizar a redução dos salários, de forma proporcional à jornada,

mediante ajuste entre patrão e empregado, com contrapartida de garantia de emprego, teve a finalidade de socorrer às empresas, garantir os postos de trabalhos e empregos e diminuir impactos à economia, e, por isso, tem finalidade pública, coletiva e social”.

Importante ressaltar que, apesar da autorização da Medida Provisória para a realização do acordo individual, esta não impede a participação dos sindicatos, ou seja, apenas flexibiliza este direito para viabilizar que acordos aconteçam com negociações diretas entre empregados e empregadores para um grupo de trabalhadores de forma mais célere, o que ficou explícito com a redação dada ao inciso II do artigo 7º da Lei 14.020/2020:

Art. 7º Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º desta Lei, o empregador poderá acordar a redução proporcional de jornada de trabalho e de salário de seus empregados, de forma setorial, departamental, parcial ou na totalidade dos postos de trabalho, por até 90 (noventa) dias, prorrogáveis por prazo determinado em ato do Poder Executivo, observados os seguintes requisitos:

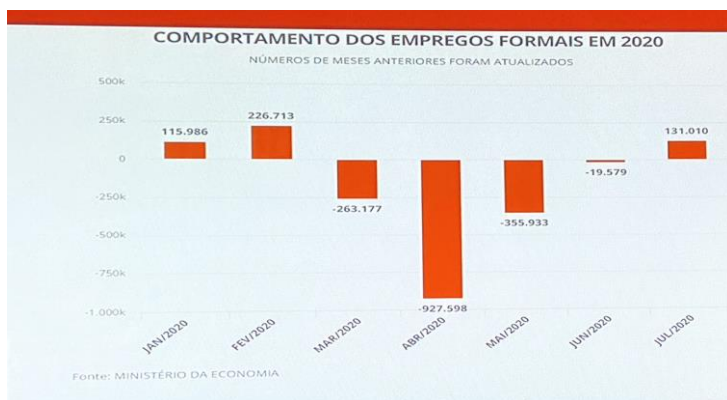
(...)

II – pactuação, conforme o disposto nos arts. 11 e 12 desta Lei, por convenção coletiva de trabalho, acordo coletivo de trabalho ou acordo individual escrito entre empregador e empregado. (grifo nosso).

Os impactos causados pela COVID-19 foram e são facilmente evidenciados quando analisamos o número de mortes, de desempregados, de fechamento de empresas. Apesar disso, pudemos verificar, ainda que de forma branda, que a apresentação das medidas provisórias elaboradas pelo governo, apesar de flexibilizar direitos, puderam evitar um maior número de desempregos e de fechamento de empresas.

Não há como afirmar uma diminuição no número de desempregados em razão das medidas provisórias postas - haja vista que o número de desempregados já vinha aumentando antes mesmo da pandemia - mas podemos dizer que este número seria, certamente, muito maior, se nada tivesse sido implementado.

Em pesquisa realizada pelo Ministério da Economia (2020), o número de empregos formais caiu drasticamente no mês de abril de 2020, apresentando gradativa melhora nos meses de maio, junho e julho; meses estes em que a Medida Provisória 936 estava em vigor.



Sendo assim, apesar da grande importância histórica dos Sindicatos e de todos os benefícios que conseguiram representando os trabalhadores em negociações, a interpretação literal do texto constitucional, no atual momento, pode impossibilitar a manutenção dos empregos e da renda dos trabalhadores, causando um descompasso ainda maior na sociedade, aumentando o número de desempregados e o índice de miserabilidade no país.

CONCLUSÃO

Vivemos em um momento atípico e nunca experimentado pela atual geração. Foram milhões de vidas perdidas e inúmeras medidas tomadas sem ao menos podermos precisar sua efetividade.

Há uma busca desenfreada por uma vacina que seja capaz de trazer a cura para a doença que assola nossos dias e que seja capaz de trazer de volta a rotina para a sociedade.

Diante deste cenário, não há como fechar os olhos e apenas decidir pela aplicação da lei como está. Não podemos simplesmente nos apegar a regras estáticas de hermenêutica e negar a aplicabilidade de medidas que flexibilizam alguns dos direitos dos trabalhadores na intenção de evitar o fechamento de empresas e a demissão em massa de trabalhadores.

Não defendemos aqui, por óbvio, que qualquer descompasso social seja motivador para rasgarmos a Constituição Federal ou a Consolidação das Leis do Trabalho, conquistadas a tão duras penas.

Não se pretende afirmar que direitos fundamentais devam ser violados na tentativa de combater o caos, e nem que erros que acontecem diariamente em nosso país devam se repetir, mas sim que seja observado o cenário existente e sopesadas as flexibilizações propostas.

Melhor seria se políticas públicas, seja no setor da saúde ou economia fossem apresentadas e realmente efetivas, mas isso não é uma realidade.

A Medida Provisória 936, hoje Lei 14.020/2020, possui medidas que visam, justamente, garantir a renda e o emprego dos trabalhadores, assim como o não fechamento de empresas. Ademais, as flexibilizações propostas perdurarão, apenas, durante o estado de

calamidade pública, não havendo que se dizer em alteração da Constituição Federal ou demais normas.

A atual circunstância em que vivemos é capaz de devastar a sociedade de tal modo que a miserabilidade e a insegurança podem ser enraizadas e alongar-se por muitos anos até que se possa novamente respirar com tranquilidade, o que nos faz defender que o sopesamento e a otimização dos princípios fundamentais são medidas necessárias para garantir, ao menos, a dignidade da pessoa humana.

A importância do Sindicato e de sua atuação na defesa dos trabalhadores não é objeto de discussão, pois é sabido que este representa os interesses e atua na salvaguarda dos direitos dos trabalhadores, que são a parte hipossuficiente da relação. A luta do movimento sindical é histórica e as diversas frentes de atuação são objeto de orgulho da classe trabalhadora.

Porém, o momento vivenciado requer a flexibilização de normas para a proteção dos trabalhadores - não se desejando excluir a entidade sindical de negociações que envolvam os trabalhadores - mas apenas e tão somente, que medidas que possam preservar empregos sejam tomadas com urgência, resguardando a saúde e a renda dos brasileiros.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Antonio Carlos; CALVET, Otavio Amaral. “Negociação” individual para redução de salário e jornada de trabalho. *Revista Consultor Jurídico*. 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-abr-08/aguiar-calvet-negociacao-individual-reducao-salario-jornada>. Acesso em 2 jun 2020.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo Malheiros Editores Ltda. 2ª edição. 4ª tiragem. 2015.

BOTELHO, Paulo Régis Machado. Férias em tempos de Covid-19: análise da MP N. 927/2020. *O Direito do Trabalho na crise da COVID-19/* coordenadores Alexandre Angra Belmonte, Luciano Martinez, Ney Maranhão. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; COSTA, Paula Esteves da. *Revista Direito e Pandemia. n. esp. Editora Ordem dos Advogados do Brasil*, maio, 2020.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: DF, Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 ago 2020.

BRASIL. Decreto-Lei 5.452, de 01 de maio de 1953. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 26 ago 2020.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em 26 ago 2020.

BRASIL. Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv936.htm. Acesso em 26 ago 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão em Medida Cautelar nº 6363. Relator: RICARDO LEWANDOWSKI. Brasília, DF, 6 de abril

de 2020. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752428536&prcID=5886604&ad=s#>. Acesso em 26 ago 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão em Medida Cautelar nº 6363. Relator: RICARDO LEWANDOWSKI. Brasília, DF, 17 de abril de 2020. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5886604>. Acesso em 26 ago 2020.

CARONE, Edgar. *A República velha*. 2. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1970. v. 1.

CIOFFI, L. (2010). Sindicalismo brasileiro: história, ideologias, legitimidade e direito. Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL], 9(1), 43-56. Recuperado de
<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1904>

GERMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. *O Direito do Trabalho na crise da COVID-19*/ coordenadores Alexandre Angra Belmonte, Luciano Martinez, Ney Maranhão. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do Trabalho*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARX, Karl, ENGELS, Friedrich (1972). *O sindicalismo I: teoria, organização atividade*. Porto: Escorpião

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. Editora LTr, São Paulo, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 34. ed. São Paulo: LTr, 2009.

NETO, Manoel Jorge e Silva. *O Direito do Trabalho na crise da COVID-19/* coordenadores Alexandre Angra Belmonte, Luciano Martinez, Ney Maranhão. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

OPAS-Brasil. Organização Pan-Americana da Saúde. *Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus)*. 2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em 26 ago 2020.

RICCI, Paolo; TOMIO, Fabricio. *O poder da caneta: a Medida Provisória no processo legislativo estadual*. Opin. Publica, Campinas, v. 18, n. 2, p. 255-277, nov. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762012000200001&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 27 apr. 2020.

RAMALHO, José Ricardo; SANTOS, Rodrigo Salles Pereira dos; RODRIGUES, Iram Jácome. *Mudanças na Legislação trabalhista, sindicato e empresas multinacionais*. Cad. CRH, Salvador, v. 32, n. 86, p. 343-359, Aug. 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-49792019000200343&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 29 abr. 2020.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim; PERES, Antonio Galvão. *O Direito do Trabalho na crise da COVID-19/* coordenadores Alexandre Angra Belmonte, Luciano Martinez, Ney Maranhão. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Coronavirus disease (COVID-19) Pandemic*. 2020. Disponível em:

<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>.
Acesso em: 26 ago 2020.

OS LIMITADORES DO COMPLIANCE NA RELAÇÃO DE EMPREGO

THE LIMITS OF COMPLIANCE IN THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP

*Cynthia Carla Barroso Thomazini⁹
Ricardo Estevão Soares de Ávila¹⁰*

RESUMO

O presente artigo tem por escopo analisar quais os limites das técnicas do compliance nas relações de emprego. O programa de integridade vai além do conceito de estar em conformidade com regras e normas, gerando reflexos internos e externos à organização. Analisando o compliance nas relações de emprego, surge a indagação de quais seriam os limitadores do programa de conformidade para o empregador. Para enfrentar esse questionamento, foram delimitadas e contextualizadas as questões histórica e conceitual do compliance, foram abordadas as técnicas e os limites do instituto na esfera das relações de emprego. O método utilizado foi o dedutivo, com o emprego da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Princípios. Limites. Compliance. Trabalhista.

ABSTRACT

The scope of this article is to analyze the limits of compliance techniques in employment relationships. The integrity program goes

⁹ Pós-Graduanda em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP-USP). E-mail: cinthiabarroso.adv@gmail.com

¹⁰ Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP-USP). E-mail: adv.ricardoestevao@gmail.com

beyond the concept of being in compliance with rules and standards, generating internal and external reflexes to the organization. Analyzing compliance in employment relations, the question arises which would be the limits of the compliance program for the employer. In order to face this question, the historical and conceptual issues of compliance were delimited and contextualized, and the techniques and limits of the institute in the sphere of employment relations were addressed. The method used was the deductive, with the use of bibliographic research.

Keywords: Principles. Boundaries. Compliance. Labor.

INTRODUÇÃO

O compliance teve sua origem nos Estados Unidos na virada do século XX, ganhando alicerce no Brasil com a publicação da Lei n. 12.846/2013 – Lei Anticorrupção, como forma de direcionar condutas éticas.

A instituição do compliance com a implementação do programa de integridade, vai além do conceito de estar em conformidade com a lei, normas e regulamentos, gerando reflexos internos e externos à empresa.

Para a efetividade do compliance, faz-se necessário seguir as ferramentas do programa com compromisso, avaliando os riscos da empresa, elaborando códigos de conduta, instituindo canais de denúncia, fiscalizando/monitorando e aplicando as soluções para o problema, assim que identificadas.

Por conseguinte, as relações de trabalho, em especial as relações de emprego, também são afetadas pelo compliance, o que faz surgir um importante questionamento: considerando os princípios e os regramentos juslaborais, há limites às técnicas/ferramentas do

programa de compliance instituídas pelo empregador no uso do poder diretivo patronal?

Com o fim de responder a esse questionamento, analisou-se, neste artigo, o desenvolvimento histórico do compliance, sua introdução no Brasil, às técnicas/ferramentas de aplicação do programa de integridade e os limites da efetivação desse programa nas relações de emprego.

Adotou-se o método dedutivo, com utilização de pesquisa bibliográfica.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEITUAL

1.1 Breve evolução histórica do compliance

A análise histórica restringir-se-á aos principais acontecimentos. Embora seja um tema bem contemporâneo, a propagação do compliance surfa historicamente no processo de globalização.

O germinar do instituto deu-se num período conturbado com duas grandes guerras e crises econômicas.

Em 1929, houve a Quebra da Bolsa de Nova York, considerada como o marco da crise de superprodução. Para recuperação da economia, foi apresentado em 1933 o New Deal, que consistia em programas do Governo, interferindo e regulamentando a economia.

Um das ações do New Deal foi a Lei dos Valores Mobiliários, executada pela agência reguladora U.S. – *Securities and Exchange Commission* (SEC), para proteger investidores de possíveis fraudes.

Outro marco histórico foi a Lei Rico – *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* (Lei de Organizações Influentes e Corruptas em livre tradução), aprovada em 1970, que passou a incluir penalidades de até vinte anos de prisão e multas rígidas.

Em 1977 foi promulgada a Lei Anticorrupção dos Estados Unidos da América (EUA), o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), principal referência em termos de anticorrupção, que implicou no início da adoção de medidas internas de compliance.

No final dos anos 80, os EUA transformaram a lavagem de dinheiro em crime federal. Com isso, mais do que uma realidade, o compliance passou a ser tido como uma necessidade.

No Brasil, a implementação do compliance foi tratada pela Lei n. 12.846/2013 – Lei Anticorrupção, que prevê que aqueles que aderem ao programa de integridade e ética conseguem benefícios e se sujeitam de forma a reduzir sanções administrativas e judiciais, sendo um indicativo de mudança para transparência e integridade.

Em 2017, o Brasil candidatou-se para ser membro da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), visando favorecer investimentos, elevar a credibilidade do país no exterior e melhorar sua imagem, recuperando a economia, de forma que o compliance e sua necessidade para demonstrar ética e conformidade ganhou ainda mais força.

Dessa forma, percebe-se que as práticas de compliance surgiram e evoluíram num cenário econômico que passou a exigir não só a aparência como também a comprovação da prática efetiva de condutas éticas, que respeitam o ordenamento jurídico.

1.2 Conceito de compliance

Antes de avançar no conceito, convém esclarece que, no Brasil, o termo “compliance” acabou sendo compreendido como sinônimo de “programa de integridade”, em virtude da Lei n. 12.846/2013.

Como, na doutrina, há quem defenda que esses termos não significam a mesma coisa, sendo o compliance mais abrangente, alcançando todo o arcabouço legal e normativo aplicável à atividade econômica organizada da empresa, enquanto o programa de integridade estaria ligado especificamente ao combate à corrupção, para evitar dissonâncias e pela delimitação deste artigo (CGU, 2015, p. 13), será adotada a compreensão de compliance como termo mais abrangente.

Nessa perspectiva, o conceito de compliance também é amplo, pois não significa somente agir em conformidade (como se depreende da tradução literal do verbo inglês *to comply*), alcançando a criação de mecanismos eficientes, tanto de incentivos, quanto de monitoramento, na pretensão de minimizar a ocorrência de ilícitos, mitigar riscos, preservar valores éticos e de sustentabilidade corporativa, salvaguardando a “continuidade do negócio e o interesse dos *stake holders*” (BERTOCCELLI, 2019).

Numa definição preliminar, José Paschoal Rossetti e Adriana Andrade (2014, p.188) afirmam que a dificuldade na conceituação do instituto está na sua existência recente, além das diversidades no que se refere à aplicação prática no âmbito das empresas, o que envolve diversas variáveis e critérios, como a dimensão da empresa, costumes, valores e tradições desta, estrutura societária, o nível de regulação estatal a que está subordinada, abrangência geográfica, a composição,

a estruturação de seu financiamento, características culturais dos países em que operam marcos legais e regulatórios.

Dessa forma, o programa de conformidade deve ser personalizado para cada empresa. A pretensão é minimizar as possibilidades de que ocorra o ilícito, criar ferramentas para que a empresa rapidamente identifique sua ocorrência e lide da forma mais adequada com o problema.

Segundo a FEBRABAN (2010), compliance é o dever de cumprir, estar em conformidade e fazer cumprir regulamentos internos e externos impostos às atividades da instituição. Ademais, apresenta-se como ferramenta útil, pois permite facilitar o cumprimento de regras e previne diversos problemas (MORAIS, 2005).

Assim, o compliance pode ser compreendido como aderência não só à lei e às normas estatais ou regulatórias, mas também ao cumprimento da política interna da própria empresa, na prevenção de riscos.

Importante salientar que o programa de compliance não elimina completamente os riscos, mas traz maior perspectiva dentro da corporação e resguarda valores da empresa. Por isso, empresas nacionais e multinacionais, cada vez mais, estão adotando mecanismos de controle e prevenção de fraudes, visando a diminuir sua exposição perante acionistas, terceiros, mídia em geral, às autoridades judiciais e/ou regulatórias, considerando os impactos negativos que eventuais irregularidades podem causar.

Atualmente, o compliance encontra-se numa fase de aglutinação pelas empresas públicas, principalmente pela obrigatoriedade das legislações, imposição de acordos de leniência, perspectiva de redução de multas e visibilidade em contratações com o Estado.

No entanto, ainda há muita relutância dessa adesão por parte das empresas privadas, visto que o investimento é alto.

Em contrapartida, estudos foram realizados para analisar o custo benefício da implantação de programa de compliance em organizações e chegaram à conclusão de que, para cada dólar gasto é economizado cinco, com mitigação de processos legais, danos à reputação da empresa e perda de produtividade (SCHILDER, 2006).

Dessa forma, a tendência é de que todos os segmentos preparem-se para essa nova realidade de agir em conformidade.

2 COMPLIANCE NA SEARA TRABALHISTA

O compliance alcança as diversas áreas de atividade da instituição que implementa o programa de conformidade. Por conseguinte, as relações de trabalho também são afetadas, até porque mais do que um programa que visa ao efetivo cumprimento de normas e regimentos, o compliance apresenta-se como uma estratégia de gestão para minimizar e prevenir riscos, transcendendo os benefícios à própria organização.

Nesse sentido, o compliance beneficia empregado, empregador, Estado e a sociedade como um todo, uma vez que institui políticas de prevenção, controle e observância das normas trabalhistas, o que, sem dúvida, colabora para evitar a precarização do trabalho.

Juliana Dato Leal afirma que:

[...] um programa eficaz de compliance, aliado às melhores práticas de gestão de Pessoas, aumenta o grau de satisfação e de confiança do empregado na empresa, impactando diretamente no clima organizacional. Fica claro que a qualidade da produção está ligada a satisfação do trabalhador, que trabalha num ambiente saudável, ético e íntegro, que respeite os valores

intrínsecos ao ser humano e que efetivamente busque o bem da coletividade, gera maior produtividade e lucro para o empregador. (LEAL, 2019).

No mesmo sentido, GIOVANINI (2014, p.20) dispõe ser o compliance uma ferramenta que vai além do atendimento às leis, pois busca consonância com os princípios da empresa, alcançando a ética, a moral, a honestidade e a transparência, não só na condução dos negócios, mas em todas as atitudes das pessoas, buscando a proteção das empresas e de seus empregados, em benefício da coletividade.

Assim, o compliance alcança a esfera trabalhista, razão pela qual vem crescendo a ideia e a importância do compliance trabalhista, como observou Raúl Rojas Rosco:

A estas alturas parece ya indiscutible la existencia de una obligación genérica y exigible a todas las empresas, con independencia de su dimensión y actuación geográfica, sobre la necesidad de implementar concretas políticas o programas de cumplimiento normativo (compliance programs), con la finalidad de prevenir todos aquellos riesgos legales derivados de incumplimientos normativos, incluidos los producidos en el ámbito laboral.

[...]

Esta nueva generación de códigos éticos orientados esencialmente al cumplimiento normativo ético y responsable, junto con los modelos de prevención de riesgos legales en el ámbito laboral y los canales de denuncia interna, se erigen como los tres pilares fundamentales de la función del Compliance Laboral, permitiendo a las empresas responder y prevenir cualquier desviación que se produzca sobre las líneas previamente marcadas dentro de ese marco general de comportamiento corporativo. (ROSCO, 2016)

Observando a delimitação deste artigo – relação de emprego, o compliance pode ser visualizado nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual.

De forma sucinta, o programa de conformidade na fase pré-contratual, por exemplo, pode evitar a discriminação na contratação.

Após a contratação e durante o pacto laboral, surgem as maiores violações às normas trabalhistas. Assim, podem ser identificadas essas práticas irregulares, com a correção da forma mais rápida possível.

No término do contrato, podem ser evitadas discussões quanto às verbas rescisórias ou mesmo transtornos decorrentes de uma extinção contratual conduzida de forma equivocada.

Além disso, vislumbra-se que as políticas de compliance podem auxiliar na satisfação das exigências legais e no respeito aos direitos humanos.

Nesse passo, a implantação efetiva de um programa de conformidade, com respeito ao ordenamento jurídico, princípio e normas, repercute não apenas internamente, pois, além de benefícios empresariais como aumento da produtividade pelo ambiente harmônico e hígido, repercute favoravelmente em toda a sociedade.

3 TÉCNICAS GERAIS DE IMPLANTAÇÃO DO PROGRAMA DE COMPLIANCE

Como ressaltado, o programa de compliance pode ser aplicado em diversas áreas e embora cada empresa precise adaptá-lo às suas necessidades, há algumas técnicas que são gerais e podem ser utilizadas para nortear a programação.

A primeira etapa de implantação é analisar com profundidade a realidade de cada organização, mapeando cada especificidade, observando os ditames jurídicos a ela aplicáveis.

Sobre o tema, Daniel Sibille e Alexander Serpa (2016) instruem que:

[...] é muito importante que antes de se falar em avaliação de riscos, se conheça os objetivos de sua empresa e do seu programa de compliance, pois este pilar é uma das bases do sucesso do programa de compliance, uma vez que o código de conduta, as políticas e os esforços de monitoramento deverão ser construídos com base nos riscos que forem identificados como relevantes durante esta fase de análise. A efetiva condução de uma análise de riscos envolve uma fase de planejamento, entrevistas, documentação e catalogação de dados, análise de dados e estabelecimento de medidas de remediação necessárias. (SIBILLE; SERPA, 2020).

Assim, faz-se um levantamento histórico da empresa, apurando os possíveis riscos. Em seguida, deve ocorrer a criação de práticas específicas para instituição de regras, cumprimento e prevenção, identificando, avaliando e mitigando o risco de ocorrência de desvios éticos.

Segundo TRAPP (2014), os procedimentos para implantação do compliance são:

[...] i) a criação (divulgação e fiscalização) de um código de ética; ii) a criação de um canal de denúncias (o qual deve ser estimulado e deve garantir o sigilo e o anonimato dos denunciadores e denunciados); iii) a publicização de programa dentro da empresa e entre os funcionários através de cartazes, quadros, panfletos e informativos; iv) a realização de workshops periódicos sobre temas relacionados ao compliance, com o objetivo de ampliar o conhecimento de todos os membros da empresa acerca do assunto. Em paralelo

há os procedimentos específicos de cada empresa, a ser construída a partir da análise da respectiva realidade encontrada na 1ª fase do programa. Ademais, é importante lembrar que a 2ª etapa não possui fim. Isto porque, uma vez que ela consiste na própria aplicação do programa, não há prazo para tanto, haja vista que, após aplicado, o programa de compliance deve fazer parte da empresa enquanto essa estiver ativa. (TRAPP, 2015).

Outro elemento importante da implantação do programa são os treinamentos. Segundo Marco Cruz, para que o treinamento atinja seus objetivos, ele deve conter os seguintes requisitos:

[...] i) deve abranger os programas de compliance e as leis relacionadas ao negócio, ao combate à corrupção e a prática trabalhista; ii) deve ser realizado de acordo com as responsabilidades dos empregados ou grupo de empregados; iii) deve incluir a possibilidade de sanar dúvidas e questionamentos; iv) deve ser ministrado por pessoal interno, com exceção de situações específicas que exijam especialistas; v) o material de suporte deve considerar o conhecimento, a experiência e as habilidades do empregador; vi) e a empresa deve documentar todo o treinamento, inclusive o material disponibilizado e os dados do empregados que participaram do treinamento; vii) participação obrigatória nos treinamentos, e sua ausência deve ser considerada falta disciplinar(CRUZ, 2017).

Outros elementos fundamentais são o monitoramento, a criação de canal de denúncias e a detecção das violações. A detecção contempla mecanismos capazes de, tempestivamente, identificar e interromper eventual desvio ético que, porventura, não tenha sido evitado pelas ações de prevenção, possibilitando a responsabilidade dos envolvidos.

Assim, o compliance mostra-se como uma ferramenta útil, pois permite facilitar o cumprimento de regras e previne diversos

problemas, possibilitando o aperfeiçoamento das fragilidades que originaram o respectivo desvio e a recuperação de eventuais prejuízos.

No entanto, é muito importante o controle e a orientação do programa de compliance, sob pena de criação de técnicas utópicas.

4 AS LIMITAÇÕES DO PROGRAMA DE COMPLIANCE NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

A expressão relação de trabalho, como leciona DELGADO, é toda relação jurídica que tem “sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano” (2018, p. 333). Ela representa um gênero, do qual é espécie a relação de emprego.

A relação de emprego configura-se num fenômeno sócio jurídico que deriva da conjugação de certos elementos, cuja presença concomitante é imprescindível, são eles:

Os elementos fático-jurídicos componentes da relação de emprego são cinco: a) prestação de trabalho por pessoa física a um tomador qualquer; b) prestação efetuada com pessoalidade pelo trabalhador; c) também efetuada com não eventualidade; d) efetuada ainda sob subordinação ao tomador dos serviços; e) prestação de trabalho efetuada com onerosidade. (DELGADO, p. 337)

Historicamente, a legislação passou a regulamentar direitos e obrigações das partes envolvidas em uma relação de emprego, de modo a estabelecer o equilíbrio entre empregador e empregado, sendo este considerado parte hipossuficiente.

Analisando especificamente o ordenamento jurídico brasileiro, tem-se que a Constituição da República Federativa do

Brasil de 1988 (CRFB/88), reconheceu, como fundamentos da República, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, III e IV). No Capítulo I, do Título II, previu os direitos e garantias fundamentais, considerando o trabalho um direito social e enumerando direitos dos trabalhadores.

À luz da Constituição Federal, as relações de emprego encontram especial tratamento na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e em inúmeros outros atos normativos.

Sob a perspectiva de que a dignidade é valor inerente e inviolável do ser humano, que os direitos e garantias individuais estão positivados no art. 5º da Constituição Federal, que o trabalho é um direito social do trabalhador, cujos direitos laborais devem visar à melhoria de suas condições pessoais e que as relações de emprego são norteadas por princípios e regramentos próprios, surge um importante questionamento: há limites às técnicas/ferramentas do programa de compliance instituídas pelo empregador no uso do poder diretivo patronal?

A resposta é positiva.

O poder diretivo patronal, que decorre da relação de emprego, “é a prerrogativa dada ao empregador para exigir determinados comportamentos lícitos dos seus empregados com vistas ao alcance de propósitos preestabelecidos” (MARTINEZ, 2018, p. 432). São espécies do poder diretivo: poder de organização (orientar os serviços), poder de fiscalização (controlar a execução e forma de prestação dos serviços) e poder de disciplinar (aplicar punição).

Esse poder diretivo patronal não é ilimitado, de forma que o seu uso fora dos limites legais poderá ser compreendido como abuso de poder, como ato ilícito.

Embora o programa de compliance deva ser personalizado em cada empresa, ou seja, adequado às características inerentes por suas

diversidades e variáveis, três pilares básicos são elementares e, por isso, indispensáveis a todas as organizações: prevenção (proveniente do poder de organização e direção do empregador); detecção (derivado do poder de fiscalização/monitoramento); e punição (proveniente do poder disciplinar).

Para efetivação do compliance, inicialmente, deve-se transmitir e reforçar todas as informações sobre a implantação do programa. O conhecimento do empregado e de todos da corporação deve ser contido de informações claras, acessíveis e transparentes, permitindo amplo acesso e divulgação de dados públicos.

Dessa forma, não se respeitando o direito à informação, que contrapõe o poder de organização e regulamentação – pilar da prevenção, é impossível exigir cobrança de conformidade com normas internas.

O direito à informação está previsto no artigo 5º, inciso XIV, da Constituição Federal, sendo um direito fundamental de cidadania, que permeia todos os pilares do compliance.

Nesse ínterim, o direito à informação deve ser visto como um limite do compliance. Segundo esclarece Rosana Kim Jobim:

[...] somente através da correta e completa instrução do empregado de quais são as normas interinas a serem cumpridas, é possível exigir o seu cumprimento, sendo esta uma condição *sine qua non* ao desenvolvimento de qualquer programa de compliance. (JOBIM, 2018, p.825).

Outro limite trazido pela doutrina e jurisprudência é o direito à intimidade e à privacidade, balizado pilar da detecção – poder de fiscalização.

O artigo 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal preveem a inviolabilidade do direito à intimidade e a vida privada, por se tratar de direito fundamental.

Segundo BASTOS, o direito à privacidade consiste na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes acesso a informações sobre a privacidade de cada um e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área de manifestação existencial do ser humano (1989, p.125).

O poder diretivo patronal, via de regra, não pode invadir a intimidade do trabalhador, devendo ser observados os limites constitucionais e legais de proteção à privacidade da pessoa (necessário observar regras mínimas de “ponderação”).

PESSOA menciona que o limite do monitoramento deve ser o ambiente de trabalho, sempre com objetivo de preservar a segurança dos empregados e o patrimônio do empregador, de modo que, se se monitorar tão somente o empregado, ocorrerá violação do direito à intimidade (2012, p. 55).

As empresas ao praticarem o programa de conformidade devem estabelecer critérios de modo a preservar a intimidade e a vida privada do empregado, não podendo realizar monitoramento extensivos e ilimitados.

Esclarece MOREIRA que “a dignidade da pessoa está na base da Constituição de todo o Ordenamento Jurídico, existindo um liame entre a dignidade e a intimidade”:

[...] o direito a intimidade está, assim, estritamente conexionado com a ideia da dignidade do Homem e significa a existência de um âmbito próprio e reservado frente à ação e conhecimento dos demais, direito necessário para manter uma qualidade mínima de vida humana. (MOREIRA, 2012, p.38).

No mesmo sentido, ALDANA esclarece que:

[...] O direito da intimidade é um direito inseparável da personalidade do sujeito ao constituir uma dimensão

essencial da sua dignidade que lhe permite individualizar-se e decidir o tipo de relação que deseja manter com os outros a depender do grau de intimidade que lhes revela ou comunica. (2016, p.45).

Outro limite ao poder disciplinar – pilar da punição – é o direito ao contraditório e à ampla defesa, ou seja, para aplicação da punição deve-se observar um procedimento prévio para apuração e aplicação desta. O artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, traz esse direito fundamental.

Otávio Calvet, Gláucia Lopes e outros sugerem um procedimento de apuração, iniciado por uma comunicação formal, facultativamente assistida por advogado ou sindicato, com respeito ao sigilo da acusação, para que não ocorra lesão à imagem e à honra, etc.

Portanto, o programa de conformidade deve respeitar o contraditório e a ampla defesa, sendo que, em qualquer investigação de compliance, demanda-se uma avaliação relativa à sua forma e ao material probatório que foi coletado, bem como ao formato e conteúdo de um relatório de não conformidade.

Assim, o direito ao contraditório e à ampla defesa são balizas ao poder disciplinar do empregador e, portanto, na efetivação do compliance.

É essencial que ao constatar falhas e/ou desconformidades nos procedimentos, rapidamente os responsáveis estejam postos a saná-los. Entretanto, deve-se acautelar da inclusão de uma investigação, sempre dentro dos limites estabelecidos na legislação.

BRANDÃO vai além, pautando que o compliance deve respeitar aos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade de expressão, da isonomia e da legalidade.

[...] Nesse cenário normativo, parece absolutamente claro que os programas de compliance, enquanto mecanismos de auto regulação por parte das empresas

e expressão do poder diretivo do empregador, estão jungidos à democracia, à dignidade humana, aos contornos próprios do Estado Democrático de Direito. Logo, regras componentes dos programas de integridade que firam a dignidade da pessoa humana e a liberdade dos trabalhadores estarão em franca oposição ao texto constitucional. De igual sorte, o poder de fiscalização do empregador encontra barreiras nos limites democráticos. (BRANDÃO, 2017, p.827).

O programa de compliance deve pautar-se pelo respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade de expressão, da isonomia, da legalidade, da não violação da intimidade e da privacidade, da honra e da imagem, do contraditório e da ampla defesa e do direito à informação, atentando-se aos direitos e garantias constitucionais mínimas.

Nesse passo, a não observância desses princípios e dos direitos do empregado na instituição e implantação do programa de compliance poderá configurar ato ilícito, passível de repressão.

CONCLUSÃO

O princípio fundamental do compliance é agir em conformidade com leis e regulamentos internos e externos, possuindo conduta ética e transparente.

É inegável a importância que o compliance ganhou na atualidade, em especial para as empresas que primam pela eficiência e transparência, no sentido de construir a confiança necessária junto aos seus parceiros e à sociedade.

A disseminação dos programas de conformidade tem levado a importantes discussões no âmbito da comunidade jurídica, principalmente na seara trabalhista.

Inegavelmente, o compliance alcança as relações de emprego, que possuem princípios e regramentos específicos. Por isso mesmo, a implantação de ferramentas do compliance pelo empregador não pode deixar de lado essas especificidades, sob pena de ultrapassar limites constitucionais e infraconstitucionais, causando prejuízos aos empregados e ao próprio empregador.

Nessa perspectiva, o programa de compliance pode ser um importante aliado no combate à precarização do trabalho. Por outro lado, se não implementado corretamente, poderá ser um instrumento de abuso do poder diretivo patronal.

REFERÊNCIAS

ALDANA, Rebeca Karina Aparicio. Derecho a La intimidad y La propia imagen em las relaciones jurídico laborales. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:livro/2016,001070113>.

ANDRADE, Adriana. ROSSETTI, José Paschoal. **Governança Corporativa**: fundamentos, desenvolvimento e tendências. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. **Compliance**. In Manual de Compliance. Coord. André Castro Carvalho, Tiago Cripa Alvim, Rodrigo de Pinho Bertoccelli, Otavio Venturini. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRANDÃO, Felipe Gondim. Programa de Compliance, poder diretivo do empregador e os limites constitucionais à regulação da

relação de emprego na perspectiva do estado democrático de direito. **Revista Ltr**: São Paulo, v. 81, n. 7, p. 820-827, 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 ago. 2020.

_____. Lei nº 12.846, de 01 de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas sobre atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1 ago. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 20 ago. 2019.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Programa de integridade: diretrizes para empresas privadas. CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO (CGU). Brasília, DF, set. 2015. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2020.

CRUZ, Marco. **Fazendo a coisa certa** – como criar, implementar e monitorar programas efetivos de compliance. Edição digital. São Paulo: Simplíssimo, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS (FEBRABAN). **Documento Consultivo**: função de Compliance. 2004. Disponível em:

<http://www.febraban.org.br/7Rof7SWg6qmyvwJcFwF7I0aSDf9jyV/sitefebraban/Funcao_de_Compliance.pdf>. Acesso em: 30 set. 2019.

GIOVANINI, Wagner. **Compliance: A excelência na prática**. 1. ed. São Paulo: Wagner Giovanini, 2014.

JOBIM, Rosana Kim. **Compliance e trabalho: entre o poder diretivo do empregador e os direitos inespecíficos do empregado**. São Paulo: Tirant Lo Blanc, 2018.

LEAL, Juliana Datto. Compliance trabalhista e a lei 12.846/13. Disponível em <http://www.julianadatto.jusbrasil.com.br/artigos/207136251/compliance-trabalhista-e-a-lei-12846-2013>. Acesso em: 02 jun. 2020.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, epub, 2019.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de. LOPES, Glaucia Gomes Vergara. CALVET, Otávio Amaral. SIVOLELLA, Roberta Ferme. Direitos Fundamentais e Poderes do Empregador: O Poder Disciplinar e a Presunção de Inocência do Trabalhador. **Tribunal Regional do Trabalho 1ª Região**, Rio de Janeiro. v. 2 p. 13. Disponível em: <http://www.trt1.jus.br/c/documentlibrary/getfile?uuid=bd77e85d-6273-41da-8783-14e6f2c1d5d3&groupId=10157>. Acesso em: 11 jun. 2020.

MORAIS, Eslei José de. **Controles internos e estrutura de decisão organizacional: o caso da Contadoria do Banco do Brasil**. 2005. 149 f. Dissertação (Mestrado em Administração) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação**: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador. 2010. 893 f. Doutorado (Teses de doutoramento) – Coimbra: Almedina, 2010.

PESSOA, André. O direito à intimidade e o monitoramento do ambiente de trabalho por câmeras. In: ALMEIDA, Renato Rúa de (Coord.). Direitos laborais inespecíficos: os direitos gerais de cidadania na relação de trabalho. Revista LTr, São Paulo, v. 71, p. 331-342: 2012.

ROSCO, Raúl Rojas. **Labour Compliance: Uma nueva generación de códigos éticos**. Disponível em: <https://ecija.com/wp-content/uploads/2016/10/Labour-Compliance.pdf>, acesso em 31 ago. 2020.

SCHILDER, Arnold. Banks and the compliance challenge. Speech by the Professor Arnold Schilder, Chairman of the BCBS Accounting Task Force and Executive Director of the Governing Board of the Netherlands Bank, at the Asian Banker Summit, Bangkok, 16 March 2006. Disponível em: <https://www.bis.org/review/r060322d.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2020.

SIBILLE, Daniel; SERPA, Alexandre. Os pilares do programa de compliance. Disponível em: <http://www.editoraroncarati.com.br/v2/phocadownload/os-pilares-do-programa-de-compliance.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2020.

TRAPP, Hugo Leonardo do Amaral Ferreira. Compliance na lei anticorrupção: uma análise da aplicação prática do art. 7º, VIII, Lei 12.843/2013. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/trabalhos->

academicos/3421/compliance-lei-anticorruptcao-analise-aplicacao-pratica-art-7-viii-lei-12-8462013-

APLICAÇÃO DO CONTRATO DE APRENDIZ NAS EMPRESAS

APPLICATION OF THE APPRENTICE CONTRACT IN COMPANIES

*Jair Aparecido Cardoso*¹¹

*Ana Paula Perpétua Ribeiro*¹²

*Júlia Picinato M. de Araújo Rocha*¹³

*Fernanda Sarone Stochi*¹⁴

RESUMO

O Direito do Trabalho tem um grande papel na tentativa de erradicação do trabalho infantil, com isso foi instituída a Comissão de Erradicação do Trabalho Infantil e de Estimulo à Aprendizagem do Tribunal Superior do Trabalho, junto ainda, foi possível a implantação do Contrato de Aprendiz. Por meio de pesquisa empírica, utilizando pesquisa bibliográfica, o objetivo será avaliar como é a efetiva

¹¹ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP-USP). Coordenador de do grupo de pesquisa "Transformação do Direito do Trabalho na sociedade pós-moderna e seus reflexos no mundo do trabalho (GEDTRAB FDRP/USP). E-mail: jaircardoso@usp.br.

¹² Pós-Graduanda em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade do Estado de São Paulo. E-mail: anaribeiiro@hotmail.com.

¹³ Pós-Graduanda em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade do Estado de São Paulo. E-mail: jmpicinato@gmail.com.

¹⁴ Pós-Graduanda em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade do Estado de São Paulo. E-mail: fernanda_stochi@hotmail.com.

aplicação do Contrato de Aprendiz nas empresas nos dias atuais. Ao concluir a pesquisa pretende demonstrar que as tentativas de aplicação do contrato de aprendiz nas empresas tem sido cada vez mais eficaz, principalmente trazendo benefícios aos jovens aprendizes.

Palavras-chave: Contrato. Direito do Trabalho. Contrato de Aprendiz.

ABSTRACT

Labor Law has a great role in the attempt to eradicate child labor, with the creation of the Commission for the Eradication of Child Labor and the Stimulus for Learning of the Superior Labor Court, together with the implementation of the Apprentice Contract. Through empirical research, using bibliographic research, the objective will be to evaluate how the Apprentice Contract is effectively applied in companies today. At the end of the research, it intends to demonstrate that the attempts to apply the apprentice contract in companies have been increasingly effective, mainly bringing benefits to young apprentices.

Keywords: Contract. Labor Law. Apprentice Contract.

INTRODUÇÃO

O contrato de aprendiz revela-se uma figura extremamente importante no Direito do Trabalho e também na contemporaneidade, pois insere a juventude nos benefícios civilizatórios da qualificação profissional pelo caminho bem mais protegido, que é o da relação de emprego (DELGADO, 2016).

O principal objetivo desta modalidade de contrato de trabalho especial tem características próprias, sendo que seu intuito primordial é inserir o jovem no ambiente de trabalho, capacitando-o tanto para o trabalho como para a profissão e o estudo; garantir o seu desenvolvimento pessoal e também assegurar seus direitos.

Por se tratar de um tipo de contrato específico, a todo o momento a maior preocupação gira em torno do desenvolvimento e formação do ser humano, em todos os sentidos. Ademais, visa estimular o trabalho, inserindo o jovem no mercado de trabalho, para que desenvolva suas atividades de maneira compatível com seu desenvolvimento técnico e pessoal.

O objetivo geral do presente trabalho é demonstrar a importância deste contrato tão utilizado nos dias atuais, por se tratar de uma modalidade diferente e específica dos outros tipos de contrato de trabalho, possuindo características próprias e diversas que devem ser observadas e respeitadas, pois visa o desenvolvimento e bem estar do jovem, além de inseri-lo e prepará-lo para o mundo do trabalho.

Por fim, a metodologia utilizada para a elaboração do presente texto, aplica-se o método de procedimento, por meio da técnica de pesquisa bibliográfica através de materiais publicados, como por exemplo, doutrinas e artigos científicos. Ademais, utiliza-se o método dedutivo além de utilizar o método de abordagem, ou seja, parte do geral para o particular com a utilização de legislação do ordenamento jurídico brasileiro, como a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

1 O CONTRATO DE APRENDIZAGEM

Como forma de erradicação do trabalho infantil e legalização do trabalho para maiores de 14 anos, foi criado o contrato de aprendizagem, no qual permite que menores de 16 anos trabalhem, mas que estejam junto a uma empresa séria e com todos os seus direitos observados.

As únicas empresas que são dispensadas de contratar aprendiz são microempresas e empresas de pequeno porte, conforme artigo 51, inciso III, da Lei Complementar nº 123/2006. As demais empresas são

obrigadas a aderirem o programa e ter no mínimo 5% e no máximo 15% de aprendizagem em razão do seu quadro de funcionários. Além disso, é preciso ter capacidade na sua sede ou em lugares conveniados para passar a vivência profissional, permitindo que o aprendiz também tenha a parte teórica e a real qualificação profissional do indivíduo.

O contrato de aprendizagem é benéfico para ambas as partes. O aprendiz se torna um empregado, porém com um contrato diferenciado em razão do seu objetivo educacional. Ele precisa, junto com o contrato de aprendizagem ser matriculado em programas que permitem efetivamente a aprendizagem, isto é, cursos que tenham o conteúdo pedagógico.

1.1 Características do contrato de aprendiz

Segundo Nascimento e Nascimento, o empregado aprendiz trata-se de um tipo especial de empregado (NASCIMENTO, 2015). Já para Leite, este é modalidade especial de contrato de trabalho a prazo certo, autorizado pela CLT (LEITE, 2019).

Neste contexto, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) trata do trabalho do menor em seu capítulo IV, que compreende os artigos 402 a 441 do referido diploma. Sobre o tema específico contrato de aprendizagem, este foi abordado nos artigos 403 e 428 a 433, da CLT.

Importante salientar alguns artigos de extrema importância, como o artigo 403, CLT:

“É proibido qualquer trabalho a menores de dezesseis anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos“ (BRASIL, 1943).

Ademais, o parágrafo único do artigo acima citado dispõe que:

“O trabalho do menor não poderá ser realizado em locais prejudiciais à sua formação, ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social e em horários e locais que não permitam a frequência à escola“. (BRASIL, 1943)

O artigo 428 da CLT menciona que o contrato de aprendizagem se trata de um contrato de caráter especial, pois é celebrado por prazo determinado e obrigatoriamente por escrito.

O empregador deve se comprometer em assegurar ao maior de 14 anos de idade e menor de 24 anos de idade, desde que esteja inscrito em programa de aprendizagem formação técnico-profissional metódica, e devendo ser compatível com o desenvolvimento físico, moral e psicológico do aprendiz. Este, por sua vez, deve executar suas tarefas com zelo e diligência necessários a essa formação. (BRASIL, 1943)

Deste modo, possui como característica principal tratar-se de contrato por prazo determinado, ou seja, como é sabido, o contrato não terá vigência por prazo indeterminado, como é a regra dos contratos de trabalho. Por isso a sua natureza especial.

O que justifica esse contrato é sua transitoriedade, em razão de determinação legal advinda da CLT.

Ademais, o parágrafo primeiro do mencionado artigo ressalta que somente será considerado válido o contrato de aprendizagem se obtiver anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, matrícula e frequência do jovem aprendiz em escola, caso não tenha concluído o ensino médio, ou inscrito em programa de aprendizagem que tenha sido desenvolvido sob orientação de entidade qualificada em formação técnico-profissional metódica (BRASIL, 1943).

Tais atividades teóricas e práticas realizadas pelo aprendiz devem ser metodicamente organizadas, cuja complexidade das tarefas

seja progressiva, desenvolvidas no ambiente de trabalho. (LEITE, 2019)

Ou seja, as tarefas tem que ser compatível com seu desenvolvimento pessoal, elaboradas para este fim.

Há ainda proteção da garantia do salário mínimo hora, como pode ser verificada no parágrafo 2º do artigo acima citado. Ou seja, o salário do aprendiz nunca poderá ser inferior ao mínimo, respeitada a proporcionalidade das horas trabalhadas por ele.

A CLT ainda revela um prazo máximo na qual o contrato de aprendizagem poderá durar: prazo de dois anos, salvo no caso do aprendiz portador de deficiência, cuja idade e duração do contrato poderá ultrapassar a regra geral estabelecida para os demais aprendizes.

Outra importante regra é a qual estabelece uma porcentagem mínima destinada à reserva de vagas para os trabalhadores aprendizes, extraída do artigo 429 da CLT.

O percentual é de no mínimo cinco e de no máximo quinze por cento do número de trabalhadores. (BRASIL,1943)

Vale ressaltar que este percentual não é destinado as atividades sem fins lucrativos, destinadas à educação profissional, disposto no parágrafo 1º-A do artigo acima descrito.

Diante disto, é obrigatório que os jovens submetidos ao contrato de aprendiz devem, ao mesmo tempo, realizar cursos profissionalizantes.

Atualmente, temos um conjunto de entidades que integram o Sistema Nacional de Aprendizagem, o qual tem condições de fornecer a parte pedagógica aos adolescentes. Essas entidades são: Serviço Nacional de Aprendizagem (SENAI), Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC), Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (SENAR), Serviço Nacional de Aprendizagem

de Transportes (SENAT) e Serviço Nacional de Aprendizagem de Cooperativismo (SESCOOP) – esse conjunto de entidade recebe popularmente o nome de “SISTEMA S”.

Em síntese, podem-se descrever resumidamente as características que revela que o contrato de aprendizagem: tem caráter especial; possui prazo determinado, de no máximo, dois anos, salvo no caso do contrato de aprendiz portador de deficiência; deve ser celebrado por escrito, destina-se ao maior de 14 e menor de 24 anos, exceto para os portadores de deficiência, que esteja inscrito em programa de aprendizagem técnico-profissional metódica; as atividades devem ser compatível com o desenvolvimento físico, moral e psicológico do aprendiz; direito à anotação na CTPS do aprendiz, onde será válido o referido contrato desde que o aprendiz tenha matrícula e frequência compatível com seu nível de ensino; garantia de salário mínimo, respeitada a proporcionalidade de acordo com as horas laboradas, entre outros quesitos que devem ser observados para configuração da referida modalidade de contrato.

Enfim, este contrato revela uma série de exigências, que devem ser observadas não só pelo empregador e pelo empregado aprendiz, mas também como pelo poder público e sociedade.

Revela-se um importante instrumento para introduzir o jovem ao mercado de trabalho, não apenas considerando o ambiente financeiro, mas também para promover o seu desenvolvimento em todas as esferas, seja no âmbito profissional, pessoal, educacional, social.

2 EFETIVIDADE DO CONTRATO DE APRENDIZ

Como apresentado, o contrato de aprendiz possibilita que o jovem, durante o período de contrato possa se profissionalizar, isto é, adquirir uma formação técnicoprofissional.

Essa oportunidade, acredita-se, que poderá aumentar as possibilidades em um futuro próximo, quando esse jovem precisar concorrer a uma vaga no mercado de trabalho.

Outro ponto importante, no qual a efetividade desse tipo de contrato são positivas, é quando consideramos que o legislador, ao propor essa oportunidade aos jovens de 14 a 24 anos tem como objetivo primordial a erradicação do trabalho infantil.

Isso porque, segundo o IBGE, no levantamento realizado no ano de 2016 foi possível identificar que havia cerca de 1,8 milhões de crianças e adolescentes que trabalhavam. Desde número, em torno de 1 milhão enquadravam-se em condições de trabalho infantil, os demais eram adolescentes de 14 a 17 anos, que trabalhavam mas não possuíam carteira de trabalho assinada, como é a exigência legal.

Nota-se que mesmo depois de 30 anos da instuição do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) há dificuldades para que a legislação seja cumprida de forma à beneficiar e proteger essa camada da população.

Outro ponto favorável a esse tipo de programa é que o contrato de aprendizagem é benéfico para ambas as partes.

Para o empregador, o custo é muito menor que um funcionário comum, devendo apenas observar o salário-mínimo horário, pode-se fazer a contratação por meio de instituições fazendo com que os encargos sejam muito menores.

Ao contratar o menor aprendiz a empresa possui benefícios fiscais desonerando a folha de pagamento. Isso ocorre porque, o

recolhimento do FGTS nesse caso não será de 8% e sim, de 2%, além disso é dispensado do aviso prévio remunerado e não é obrigada a pagar a multa rescisória.

Assim, além da empresa preparar o menor aprendiz para o mercado de trabalho, confere a responsabilidade social, uma vez que, ajuda a oferecer um futuro promissor para o menor, e com benesses fiscais.

Mais um ponto positivo para as empresas ao aderirem o contrato de aprendizagem diz respeito a imagem na empresa que é vinculada em sociedade. A empresa não é apenas vista como uma fonte de obter lucro mas também voltada a engajar o futuro dos jovens, destacando-se para atração de clientes e ao recrutar talentos.

O contrato de aprendizagem normalmente é o primeiro contrato de trabalho do jovem possibilitando para empresas uma maior flexibilidade em moldar seus jovens aprendizes, treinando-os de acordo com as demandas decorrentes dos seus negócios.

É nítido que a aplicabilidade do contrato de aprendizagem nas empresas surte inúmeros benefícios para as empresas, tanto é que, referido contrato vem sendo cada vez mais aderido por essas.

CONCLUSÃO

O contrato de aprendizagem foi instituído com a finalidade de erradicar o trabalho infantil, o qual vem sendo aderido com maior frequência pelas empresas e é considerado um contrato especial, pois, possui peculiaridades próprias, que devem ser observadas.

O objetivo central deste tipo de contrato visa o desenvolvimento em todos as esferas do jovem aprendiz. Inegável que, tal tipo de contrato, além de ser benéfico principalmente para os

seus contratantes, também contempla indiretamente benefícios para toda a sociedade.

A sua finalidade primordial é colocar o jovem assim considerado pela lei no mercado de trabalho possibilitando inclusive a frequência em cursos profissionalizantes.

Ademais, esta modalidade possibilita ao jovem que, posteriormente, encontre com mais facilidade chances de empregos, pois sua experiência, habilidades e técnicas já foram aprimoradas.

Além disso, para as empresas um dos benefícios principais é o incentivo fiscal e a possibilidade de treinar esse jovem com o perfil da empresa e conseqüentemente atrair maior visibilidade no mercado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 ago 2020

BRASIL. Consolidação das Leis Trabalhistas de 1943. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/DecretoLei/De15452.htm> . Acesso em: 20 ago 2020

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Manual da aprendizagem**: o que é preciso saber para contratar o aprendiz. MTE-Brasília: 2011. Disponível em: <[https://enit.trabalho.gov.br/portal/images/manuais/Manual de Aprendizagem_ versao para download.pdf](https://enit.trabalho.gov.br/portal/images/manuais/Manual_de_Aprendizagem_versao_para_download.pdf)> Acesso em 20 ago. 2020

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Ltr, 2016. 1627 p.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. 936 p.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 40. ed. São Paulo: Ltr, 2015. 616 p.

SARAIVA, Renato; SOUTO, Rafael Tonassi. ***Direito do Trabalho: Concursos Públicos***. 20 ed. Juspodivm, 2018.

O SEQUESTRO DA SUBJETIVIDADE DO TRABALHADOR NAS NOVAS RELAÇÕES DE TRABALHO

THE HIJACKING OF WORKERS' SUBJECTIVITY OF IN THE NEW WORK RELATIONSHIPS

*Elaine Cristina Pereira Tomaz¹⁵
Alexandre Fontana Berto¹⁶*

RESUMO

As alterações da legislação trabalhista introduzidas pelas Leis 13.467/17 e 13.874/19, principalmente em relação às jornadas de trabalho, sugerem, ainda que de forma velada, uma maior liberdade e autonomia do trabalhador na relação de trabalho. A partir destes pontos, o presente artigo procura analisar as mudanças ocorridas nas relações de trabalho em razão das transformações da sociedade e avanços tecnológicos que impactaram de forma profunda a relação do homem com o trabalho. No primeiro momento, busca compreender a gestão dos novos métodos de produção que se utilizam de treinamentos e políticas de gestão voltados a envolver o trabalhador com os princípios e lemas da organização com a finalidade de extrair maiores níveis de produção a um custo cada vez menor, sem que o trabalhador tome consciência do nível de exploração ao qual é

¹⁵ Pós-Graduanda em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. E-mail: tomazelaine13@gmail.com.

¹⁶ Advogado. Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino na área de concentração de Sistema Constitucional de Garantia de Direitos. Doutorando no programa de doutorado em Filosofia do Direito da PUC-SP. Professor dos cursos de graduação do Centro Universitário Padre Albino. E-mail: alexandre@rossieberto.adv.br

submetido e para isso utilizam-se de métodos de gestão que atuam diretamente na subjetividade do trabalhador. Na sequência, procura-se conceituar os aspectos da subjetividade e como se estabelece a relação desta com trabalho. A seguir, pretende-se analisar a essência de novas formas de contratação que surgem inicialmente como promessa de maior liberdade e comodidade para que o trabalhador desenvolva suas atividades que podem, porém, evidenciar a manipulação da subjetividade do trabalhador como forma de controle pelo empregador através da cultura do medo. Para o estudo foram utilizadas pesquisas bibliográficas voltadas a compreender a evolução dos modelos de produção, a teoria da subjetividade e sua relação com o trabalho, bem como estudo de caso em artigos científicos e matérias que evidenciam a manipulação da subjetividade do trabalhador.

Palavras-chave: Relação de trabalho. Subjetividade. Manipulação. Controle. Toyotismo.

ABSTRACT

The changes in labor legislation introduced by Law 13,467 of 2017 and Law 13,874 of 2019, mainly in relation to working hours, suggest, although in a veiled way, greater freedom and autonomy of the worker in the employment relationship. From these points, the present article seeks to analyze the changes that occurred in labor relations due to the transformations of society and technological advances that profoundly impacted the relationship between man and work. In the first chapter, it seeks to understand the management of new production methods that use management training and policies aimed at involving the worker with the organization's principles and their motto in order to extract higher levels of production at an increasingly lower cost without the knowledge of the worker about the level of exploitation to which he is subjected and for that they use management methods that act directly on the subjectivity of the worker. In the next chapter, we try to conceptualize the aspects of subjectivity and how they establish their relationship with work. In

the third chapter, it is intended to analyze the essence of new forms of hiring that initially appears as a promise of greater freedom, convenience for the worker to develop his activity that may, however, show the manipulation of the subjectivity of the worker as a form of control by the employer through the culture of fear. For this study, bibliographic searches were used to understand the evolution of production models, the theory of subjectivity and its relationship with work, as well as a case study in scientific articles and materials that show the manipulation of the subjectivity of the worker.

Keywords: Work relationship. Subjectivity. Manipulation. Control. Toyotism.

INTRODUÇÃO

As alterações ocorridas nas relações de trabalho em razão das transformações do cenário econômico e social motivaram a realização do presente estudo.

As mudanças introduzidas pela Lei 13.467/17 (BRASIL, 2017), promoveram significativas mudanças nas formas como se estabelecem as relações de trabalho, especialmente quanto às alterações que tratam da de pactuação de acordo individual de compensação de jornada de trabalho e banco de horas. Em 2019 a Lei 13.874/19 (BRASIL, 2019) promoveu a instituição do registro de jornada por exceção, hipótese que também sugere maior liberdade e autonomia do trabalhador, bem como uma relação de confiança a ser estabelecida.

Com o avanço da automação e enxugamento das estruturas da empresa, novas características do trabalhador são valorizadas. Tais características comportamentais do trabalhador contemporâneo vão além do trabalho mecânico, porquanto visam o comprometimento, envolvimento com os princípios da organização e tem como objetivo

extrair maiores níveis de produção, sem que o trabalhador tome consciência do nível de exploração ao qual é submetido e para isso utilizam-se de métodos de gestão que atuam diretamente na subjetividade do trabalhador.

O presente estudo procura, no primeiro capítulo, compreender a gestão dos novos métodos de produção introduzidos pelo toyotismo, analisando a utilização de treinamentos e políticas de gestão que envolvem de forma inconsciente o trabalhador com a finalidade de extrair maiores níveis de produção a um custo cada vez menor.

Em um segundo momento, procura-se conceituar os aspectos da subjetividade, como se estabelece e as influências suportadas pela relação desta com trabalho.

No terceiro capítulo, busca-se analisar a essência de novas formas de contratação que inicialmente surgem como promessa de maior liberdade, comodidade para que o trabalhador desenvolva sua atividade que podem, porém, evidenciar a manipulação da subjetividade do trabalhador como forma de controle pelo empregador através da cultura do medo.

1 O TRABALHO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E AS NOVAS RELAÇÕES DE TRABALHO

O trabalho contemporâneo é resultado das transformações pelas quais passa a sociedade ao longo dos últimos anos. A ascensão do capitalismo modificou as relações de trabalho, imprimindo uma submissão do trabalho à racionalidade do capital e a lógica ao mercado de trabalho (ANTUNES, 2009).

A globalização promoveu avanços tecnológicos, até pouco tempo inimagináveis, em todas as áreas do conhecimento, além de promover mudanças profundas nas formas de comunicação e

agilidade no acesso à informação.

Essas mudanças impactaram de forma singular o mercado de trabalho já que com o avanço da tecnologia ocorre a modernização das indústrias com implementação de máquinas e sistemas de robotização em substituição aos trabalhadores, sempre buscando a redução de custos de produção, provocando o que Singer (2001) retrata como a emergência do desemprego tecnológico o que exige maior qualificação dos trabalhadores.

O surgimento da terceirização como forma de redução de custos, substitui as longas carreiras que antes conferiam estabilidade ao trabalhador. A demanda por contratações cada vez mais específicas e por períodos determinados, provocam grande instabilidade no trabalhador que, para sobreviver a essas mudanças, passou a ter uma alternância maior de empregadores e até mesmo de locais de moradia, sempre buscando alcançar melhores condições de trabalho.

Essa inconstância desperta no trabalhador contemporâneo um novo olhar sobre as relações entre o tempo presente e o tempo futuro, sempre em busca de formas de se proteger das incertezas advindas das relações de trabalho. As transformações ocorridas nas estruturas do trabalho resultam em alterações na sociabilidade e formas de subjetivação do sujeito (BIRMAN, 2008).

O *toyotismo*, também conhecido como modelo de produção flexível, reporta à filosofia extraída do Sistema Toyota de Produção que, nas últimas décadas do século XX, se firma como modelo de produção que combina aplicação intensa de novas tecnologias nas linhas de produção e seu enxugamento, além do desenvolvimento de políticas de recursos humanos voltadas para uma ideologia baseada em valores sociais e econômicos capitalistas.

É o estágio contemporâneo da racionalização do trabalho, como afirma Meneghetti (2007).

Meneghetti (2007) observa que o *toyotismo* desenvolve mecanismos físicos e psicológicos capazes de conceber o trabalho à lógica da acumulação do capital. O incentivo a participação dos trabalhadores em projetos e processos de produção, o acolhimento de sugestões para aperfeiçoamento destes, o incentivo à formação de equipes, são algumas das técnicas de gestão empregada pelo *toyotismo* que promovem uma sensação de pertencimento, de comprometimento, por parte do trabalhador e influenciam de forma direta na subjetividade.

Através do fortalecimento da marca e dos objetivos sociais da empresa, desenvolve-se na sociedade uma imagem de trabalho ideal, sonho de consumo de todo o trabalhador. Uma vez contratado, o trabalhador se vê envolto no espírito de equipe e competitividade de tal forma que irá promover todo esforço possível para cumprir os objetivos traçados, ainda que esses objetivos se apresentem cada vez mais inatingíveis. Mecanismos de comprometimento que aprimoram o controle do capital na dimensão subjetiva do trabalhador (ALVES, 2000, p. 40).

Dentre os principais objetivos do Toyotismo está a busca pela subordinação formal-intelectual do trabalhador que através de técnicas de produção elaboradas e do trabalho em equipe são capazes de promover o sequestro da subjetividade do trabalhador (MENEGETTI, 2007).

O emprego do modelo de produção toyotista é utilizado, principalmente, pelas multinacionais que, promovendo o sequestro da subjetividade do trabalhador, possibilita a empresa um maior controle e gerenciamento desses trabalhadores à distância.

Nas últimas décadas do século XX, período de fortalecimento do modelo de produção toyotista, observa-se a expansão maciça de multinacionais em razão do intenso movimento de globalização e num

momento posterior, observa-se o deslocamento do posto de trabalho de determinados trabalhadores para fora dos limites da empresa.

A prestação de serviço através do sistema *home office*, prestação de serviços fora da dependência do empregador com o uso de tecnologia da informação, surge como nova forma de relação de trabalho. Recentemente regulamentada com a Lei 13.467 de 2017, Brasil (2017), nos artigos 75-A, B e C.

O serviço que seria realizado na empresa pode também ser realizado em casa ou em qualquer lugar que tenha acesso à internet e que o trabalhador seja capaz de produzir. As relações de emprego, nessa nova concepção, não mais se limitariam ao interior físico das empresas.

O trabalho em sistema de *home office* e o teletrabalho passam a ser valorizados pelas empresas em razão da possibilidade de redução de custos/riscos de deslocamento desse trabalhador, além de instituir uma ideia de “autonomia” no desenvolvimento das atividades fora do âmbito da empresa, de benefícios ao trabalhador como maior comodidade, convívio com a família, dentre outros que conferem a sensação, muitas vezes falsa, de maior domínio sobre a relação de trabalho.

O trabalho em *home office* é disponibilizado pelo empregador em situações calculadas, já que não se olvide que esse trabalhador é produto de uma gestão político-ideológica voltada a promover o engajamento e comprometimento do trabalhador que não medirá esforços em demonstrar que está disponível e atento em cumprir os objetivos traçados pela empresa situação que pode aumentar o nível de stress e causar sofrimento psíquico a esse trabalhador¹⁷.

¹⁷ <http://www.sobratt.org.br/index.php/15082015-notas-tecnicas-sobre-teletrabalho-e-a-qualidade-de-vida-no-trabalho/>

As alterações legislativas promovidas pelas Leis 13.467 de 2017 (BRASIL, 2017) e pela Lei 13.874 de 2019 (BRASIL, 2019) corroboram a ideia de conferir maior autonomia ao trabalhador nas relações de trabalho, textos através dos quais é possível observar-se principalmente a possibilidade de pactuação de acordo individual de compensação de jornada de trabalho, banco de horas, instituição de registro de jornada por exceção, Artigo 59 da Lei 13.467 de 2017, Brasil (2017) e no Artigo 74 da Lei 13.874 de 2019 (BRASIL, 2019).

Essas alterações legislativas sugerem um movimento das empresas que buscam imprimir uma imagem de que o trabalhador possui maior liberdade sobre o contrato de trabalho, porém, não é o que se observa na prática.

Não se pode negar que o novo cenário econômico verdadeiramente impõe uma necessidade de flexibilização do trabalho e apresenta novos desafios à questão da subjetividade. Como pontua Lacman (2003), autores como Womack, Jones e Roos (1992), Wagner III e Hollenbeck (1999), Boyett e Boyett (1999) vêem a flexibilização de forma positiva e defendem que não se deve mais tentar controlar nem amordaçar a subjetividade como foi a intenção de modelos de produção anterior.

Atualmente, para se ter vantagens competitivas e agregação de valores, é necessário um trabalhador com perfil psicológico que detenha competências como criatividade, iniciativa própria, sensibilidade, maturidade pessoal, capacidade de interação interpessoal, liderança, características estas que devem ser desenvolvidas, estudadas para que possam ser utilizadas em benefício tanto da empresa como do trabalhador.

Porém, não se pode perder de vista o processo de precarização que vem atingindo as relações de trabalho nos últimos anos, afetando a realidade subjetiva vivida pelos trabalhadores, além da perda de uma

série de garantias trabalhistas, direitos adquiridos, conquistas que mantinham uma proteção ao trabalhador não apenas socialmente, mas psiquicamente.

2 A SUBJETIVIDADE DO TRABALHADOR

A subjetividade tem sua conceituação firmada a partir das teorias psicanalíticas e refere-se a forma como o indivíduo se constitui como sujeito, como constrói sua percepção do real e como se estabelece o domínio das atividades psíquicas emocionais e afetivas na relação com o outro. construída e desconstruída ao longo da história ou experiência do sujeito (DINIZ, LEIDIANE, 2018).

A subjetividade está ligada à necessidade de aceitação do sujeito que passa a estabelecer padrões de conduta para ser aceito no ambiente em que se relaciona. “É sobre esta perspectiva que nas relações de trabalho, que também são relações de poder e não só de produção, há uma busca por produzir um modo moral de ser, apto a corresponder à expectativa de uma aceitação social e aliviar as repressões originais” (MENEGETTI, 2007).

Conforme aponta Meneghetti (2007): a “subjetividade fragmentada é valorizada e reproduzida através da ideologia, tornando-se a forma mais direta e menos “dispendiosa” para a organização conseguir resultados para os objetivos propostos pelas pressões narcísicas individuais ou de uma minoria grupal de objetivos comuns”, pontuando ainda que essa dinâmica é verificada com nitidez no ambiente de trabalho, pois que nestes, as relações sociais se estabelecem com intensidade e comprometimento.

A necessidade de aceitação do sujeito, aliada às instabilidades do mercado de trabalho como desemprego em massa ocasionado pelos avanços tecnológicos, alteração nas formas de contrato de trabalho

que se apresentam cada vez mais instáveis, a exigência constante de flexibilidade e eficiência no trabalho desenvolvido, acarretam medo e incertezas que levam a sujeição do indivíduo ao trabalho precário (ALVES, 2011).

Em contrapartida, aproveitando-se desse cenário, as empresas passam a exigir novas formas de consentimento do trabalhador que objetivando um engajamento integral de forma a intensificar a flexibilidade e produtividade, imperativos utópicos do mercado. Como descreve Diniz, Leidiane, (2018), *“o trabalhador deve, não apenas vestir a camisa da empresa, mas, sobretudo, dar a alma (corpo e mente) ao capital.”*

Essa dedicação integral do trabalhador exigida pela sociedade contemporânea capitalista acarreta o que Dufour (2005) identifica como “morte da teoria do trabalhador” que se consubstancia “tanto da perda dos seus direitos como também a morte da narrativa do homem que trabalha, visto que esse fica cada vez mais aprisionado no trabalho e em seus ditos prescritivos, e, desempenhando um trabalho individual e parcial, esses aspectos acabam muitas vezes impedindo que o trabalhador narre sua história e manifeste seus desejos” (DINIZ, LEIDIANE, 2018).

Ainda sob os aspetos que influenciam a subjetividade do trabalhador, Diniz (2018) pontua que cada vez mais a sociedade impõe que o sujeito precisa “ter” para ser aceito, porém o trabalho precário, agravado pela instabilidade das relações de trabalho impossibilita ao trabalhador que concretize seus desejos.

Essas alterações de ordem psíquicas suportadas pelo sujeito, ocorridas a partir das transformações dos modelos de produção e das relações de trabalho, resultam em um indivíduo cada vez mais suscetível à captura da subjetividade.

3 CAPTURA DA SUBJETIVIDADE DO TRABALHADOR NAS NOVAS RELAÇÕES DE TRABALHO

A captura da subjetividade do trabalhador por parte do empregador se configura através dos programas da área de gestão de pessoas da empresa que de forma furtiva, oculta, promove uma apropriação da percepção de realidade do indivíduo através de treinamentos de engajamento que envolvem o trabalhador não apenas no aspecto físico, mas principalmente no aspecto mental.

Meneghetti (2007) identifica que a captura ou sequestro da subjetividade do trabalhador pela organização dentro do modelo de produção toyotista ocorre de formas distintas, através da identificação, essencialidade valorizada, colaboração solidária, eficácia produtiva e envolvimento total, sempre buscando o envolvimento de aspectos psíquicos do trabalhador como forma de atender os objetivos da empresa. Esse envolvimento se dá pela atuação imperceptível do poder condicionado que torna a aceitação natural por parte do trabalhador.

A política de gestão toyotista atua na base da percepção do trabalhador, mais diretamente no pensamento e modo de agir, privando o sujeito de se apropriar da realidade e de elaborar sua própria percepção de mundo ficando à mercê dos conceitos e valores alimentados pela empresa.

Alves (2011) descreve como “espírito do toyotismo” as inovações organizacionais promovidas pela reestruturação dos modelos de produção e destaca que esse novo discurso busca tratar os trabalhadores como colaboradores, a disseminação do local de trabalho como local de aprendizagem contínua, denominação de equipes ou times de trabalho promovem uma verdadeira alteração ideológica evidenciando uma racionalidade cínica que caracteriza as sociedades

capitalistas e busca estabilizar uma situação que, em outros cenários, seria insustentável.

A fim de demonstrar a manipulação da subjetividade do trabalhador procede-se a análise de um caso prático que veio a público em razão de reportagem publicada no *The Wall Street Journal*¹⁸ que relata as circunstâncias da demissão de um funcionário da Netflix.

A empresa, uma gigante do streaming de vídeo, se estabeleceu como uma empresa moderna, referência de emprego dos sonhos, por disseminar a valorização do colaborador. Tem como lema “liberdade com responsabilidade” a partir do qual confere autonomia a seus colaboradores que podem decidir livremente, mas sempre de forma aberta, sobre o uso de benefícios como viagens de classe executiva, reembolso de despesas, determinar livremente o gozo de férias. Acesso a resultados de desempenho individuais e informações sobre remuneração estão ao alcance da maioria dos colaboradores.

Da análise da matéria publicada é possível identificar que a empresa adota uma política de transparência radical através da qual demissões, valores de remuneração, gozo de férias, são apenas alguns dos assuntos que são tratados de forma aberta em reuniões com a equipe de aproximadamente quinhentos funcionários com cargo executivo. A reportagem relata o caso da demissão de um alto executivo que utilizou de forma inadequada uma expressão tida como racista. Mesmo o executivo reconhecendo seu erro, pode-se compreender que a partir desse episódio houve pressão por parte dos funcionários para que a demissão ocorresse.

Os executivos são incentivados a comentar de forma aberta sobre o desempenho dos colegas, a aplicar o “teste do fica” através do

¹⁸ <https://www1.folha.uol.com.br/tec/2018/11/cultura-da-franqueza-gera-tensao-na-netflix.shtml>

qual são questionados por superiores se lutariam por aquele colega, uma exposição exagerada que leva muitos a pedirem demissão por medo de serem vistos como fracós. A transparência brutal das decisões é encarada de forma positiva.

A reportagem trás o relato de um colaborador que diariamente chegava ao trabalho com medo de ser demitido, fato que o superior prontamente rebate como sendo positivo, já que “o medo motiva”.

A companhia enaltece a equipe nas comunicações internas afirmando que “ser parte da Netflix é como ser parte de uma equipe olímpica”. Os altos executivos são, geralmente, descritos como extremamente racionais, colocam a lógica acima de tudo e valorizam a capacidade de tomada de decisões rápidas e ideias inovadoras. A possibilidade de ser cortado da equipe dos sonhos gera aumento ansiedade e stress e muitos não aguentam a pressão.

As críticas à política da empresa sempre são feitas de forma velada, por receio destes trabalhadores se sentirem excluídos do time ideal.

Pela narrativa dos fatos percebe-se nitidamente os contornos das políticas de gestão toyotista que atuam na manipulação da subjetividade do trabalhador analisados no decorrer do texto. É possível identificar a forma como a empresa se posiciona como ideal de trabalho e transfere ao colaborador a responsabilidade pelo seu “fracasso”.

A disseminação da cultura do medo cria mecanismos que aprisionam o trabalhador através da culpa e do medo de exclusão social.

CONCLUSÃO

Atualmente observa-se um movimento que busca imprimir um cenário de autonomia do trabalhador nas relações de trabalho, visto que as organizações investem em políticas de gestão de forma a fortalecer a identidade do trabalhador com a empresa, optam por relações de trabalho que supostamente objetivam o bem estar do trabalhador, como liberdade de horários, trabalho em *home office*, tudo sob a bandeira de ser disponibilizada maior comodidade ao trabalhador e por meio de políticas que enaltecem sua liberdade de escolha.

As alterações legislativas evidenciam um movimento das organizações que buscam imprimir uma imagem de que o trabalhador possui maior liberdade sobre o contrato de trabalho.

Através do estudo observou-se que esse movimento tem seu início a partir da disseminação do modelo de produção toyotista, notabilizando-se por uma mudança de estratégias das organizações empresariais que passaram a implementar, de forma acentuada, tecnologias nas linhas de produção, visando a redução de custos e enxugamento do quadro de trabalhadores, que resultou em diminuição em massa dos postos de trabalho.

Porém, apenas as alterações promovidas nos sistemas de produção não seriam suficientes para elevar os índices de produção, momento em que se identificou a necessidade de algo além da força mecânica do trabalhador.

Nesse sentido, observou-se que o modelo de produção toyotista desenvolveu políticas de gestão de pessoas voltadas a influenciar as decisões do trabalhador, que de forma sutil promove verdadeiro sequestro ou captura da subjetividade através dos

treinamentos e da implementação de ideologia que buscam submeter o trabalhador física e mentalmente.

Verificou-se ainda, que as organizações procuram fortalecer sua marca na sociedade possibilitando que o trabalho naquele local seja o ideal do trabalhador, o qual, uma vez contratado, usará de todas as suas forças para atingir os objetivos e metas apresentados como forma de aceitação na sociedade, mesmo que para isso tenha que se submeter a condições precárias de trabalho.

REFERÊNCIAS

ALVES, Giovanni. **O novo (e precário) mundo do trabalho**. São Paulo: Editora Boitempo, 2000.

ALVES, Giovanni. **Trabalho e subjetividade: o espírito do toyotismo na era do capitalismo manipulatório**. São Paulo: Biotempo, 2011.

ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho: Ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho**. São Paulo: Biotempo, 2009.

BIRMAN, Joel. Adolescência sem fim? Peripécias do sujeito num mundo pós-edipiano. In: **Destino da adolescência**. Rio de Janeiro: 7 letras, 2008.

BRASIL. 13.874 de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. **Diário Oficial da União**. set.2019. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em 10.12.2019.

BRASIL. Lei 13.467 de 13 de junho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). **Diário Oficial da União**. jul.2017.

Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm. Acesso em 19.dez.2019.

DINIZ, Leidiane. O Trabalho Contemporâneo e a Subjetividade Do Trabalhador. **Revista UFG**, v. 17, n. 21, 6 ago. 2018.

LANCMAN, Selma & Uchida, Seiji. Trabalho e subjetividade: o olhar da psicodinâmica do trabalho. **Cadernos de Psicologia Social do Trabalho**.v.6. 2003. p79-90.

MENEGHETTI, Francis Kanashiro. O sequestro da subjetividade. In: FARIA, José Henrique de (Org.). **Análise crítica das teorias e práticas organizacionais**. São Paulo: Atlas, 2007. Cap. 2.

SINGER, Paul. **Globalização e desemprego: diagnóstico e alternativos**. 6° ed. São Paulo: Contexto, 2003.

CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE IMPLEMENTADO PELA REFORMA TRABALHISTA OFENDE O PACTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO?

DOES THE INTERMITTENT EMPLOYMENT CONTRACT IMPLEMENTED BY THE LABOR REFORM OFFEND THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL PACT?

*Danilo Eduardo Querido*¹⁹
*Jair Aparecido Cardoso*²⁰

RESUMO

O objetivo geral deste artigo é verificar se o contrato de trabalho intermitente implementado no ordenamento jurídico pátrio pela Lei 13.467/2017, ofende o pacto constitucional brasileiro. Desta feita, em que pese esteja calcado em uma análise jurídica de (in)constitucionalidade, o presente estudo se mostra possuidor de grande relevância pluridisciplinar, dados os inúmeros direitos fundamentais intrinsecamente tratados pela matéria. Na esteira da investigação, traçou-se um breve panorama acerca da figura do novo contrato laboral, assim como da própria lei ordinária que o

¹⁹ Advogado. Pós-Graduando em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). E-mail: daniloquerido@usp.

²⁰ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP-USP) Coordenador de do grupo de pesquisa "Transformação do Direito do Trabalho na sociedade pós-moderna e seus reflexos no mundo do trabalho (GEDTRAB FDRP/USP). E-mail: jaircardoso@usp.br.

implementou. Através do método hipotético-dedutivo aliado a análise de documentação indireta, fora possível atestar a hipótese inicialmente posta à baila, constatando a existência do vício conglobante de constitucionalidade.

Palavras-chave: Contrato de trabalho intermitente. Reforma trabalhista. Análise de constitucionalidade. Inconstitucionalidade formal. Inconstitucionalidade material.

ABSTRACT

The general objective of this article is to verify whether the intermittent employment contract implemented in the country's legal system by law 13.467/2017 offends the Brazilian constitutional pact. This time, despite being based on a legal analysis of (in)constitutionality, the present study shows itself to be of great multidisciplinary relevance, given the numerous fundamental rights intrinsically treated by the matter. In the wake of the investigation, a brief overview of the figure of the new employment contract, as well as of the ordinary law that implemented it, has been drawn up. Through the hypothetical-deductive method combined with the analysis of indirect documentation, it had been possible to attest to the hypothesis initially put forward, noting the existence of the conglobative vice of constitutionality.

Keywords: Intermittent employment contract. Labor reform. Analysis of constitutionality. Formal unconstitutionality. Material unconstitutionality.

INTRODUÇÃO

O presente artigo debruça-se sobre a figura do contrato de trabalho intermitente implementado no ordenamento jurídico pátrio pela lei 13.467/2017 – a denominada Reforma Trabalhista – tendo como finalidade analisar a existência de eventual vício de

inconstitucionalidade do referido instrumento juslaboral.

Preambularmente, útil esclarecer que a expressão “contrato de trabalho”, tradicionalmente consagrada no ambiente jurídico brasileiro, é utilizada neste estudo como sinônimo de “contrato de emprego”, vocábulo tecnicamente mais adequado, porém pouco adotado. O ordenamento jurídico brasileiro historicamente consagrou a figura do contrato de trabalho por tempo indeterminado como regra absoluta nas relações laborais. A praxe se fundamenta e justifica na medida em que o trabalho fora reconhecido pelo Estado brasileiro – tanto na Constituição Federal, como em tratados e convenções internacionais – como um valor da nação, um verdadeiro direito fundamental. O trabalho, portanto, se consubstancia não apenas como meio (para se atingir outros direitos), mas também como finalidade, em si. O emprego, desta forma, possui uma carga juridicamente valorizada. A lógica, por sua vez, demonstra que o trabalhador presta seus serviços ao empregador com *animus permanente*, possibilitando, assim, a programação e realização do seu projeto de vida.

O contrato de trabalho intermitente, por seu turno, representa a antítese da própria ciência do direito do trabalho, na medida em que possibilita (em regra), a prestação de serviços de maneira descontínua pelo empregado.

Sendo, portanto, o trabalho um direito social constitucionalmente consagrado pela Carta Maior brasileira, a trivialização do instituto da intermitência culminou com a consequente desconfiguração das relações trabalhistas, fato que fez surgir verdadeira indagação acerca da possível inconstitucionalidade desta nova modalidade de contrato laboral.

Eis a delimitação desta investigação que, por meio do método hipotético-dedutivo aliado a análise de documentação indireta, busca atestar a veracidade da hipótese inicialmente apresentada, qual seja,

de que o contrato de trabalho previsto nos artigos 433, § 3º, e 452-A, ambos da CLT, são incompatíveis com a Constituição brasileira.

1 UMA BREVE ANÁLISE ACERCA DO SURGIMENTO DA LEI 13.467/2017, QUE IMPLEMENTOU O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Em 23 de dezembro de 2016, embebido em escândalos políticos, o Presidente da República encaminhou ao Congresso Nacional o anteprojeto de lei (PL 6.787/2016), denominado “minirreforma trabalhista”, com a finalidade de modificar apenas seis artigos da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. O então apequenado anteprojeto contava com apenas nove páginas, incluindo o que supostamente seria uma “exposição de motivos” acerca da proposta legislativa. Não havia absolutamente nenhum regramento sobre a temática do contrato de trabalho intermitente.

Em seguida, em 09 de fevereiro de 2017, o então Presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia (DEM-RJ), instalou Comissão Especial destinada a proferir parecer ao anteprojeto, sendo designado como relator o Deputado Federal Rogério Marinho (PSDB-RN). A partir deste marco temporal, a recente denominação “minirreforma” ficou para trás, assumindo de vez a nomenclatura “reforma trabalhista”.

Menos de dois meses após o início da tramitação do Projeto de Lei na Câmara Federal, o Deputado Federal Rogério Marinho apresentou Parecer contendo 132 páginas – note-se, mais de 14 vezes o tamanho do documento original –, abarcando 883 emendas de diversos parlamentares, sugerindo a modificação, portanto, de mais de uma centena de dispositivos da CLT. O todo poderoso Parecer fora

intitulado “subemenda substitutiva global” e, dentre as várias matérias ali incluídas, constou a proposta de implementação do contrato de trabalho intermitente no ordenamento jurídico brasileiro.

A frenética corrida legislativa seguiu a toque de caixa. Em 26 de abril de 2017, em sessão extraordinária encerrada às 22:31h, o Projeto de Lei 6.787/2016 fora aprovado pela Câmara dos Deputados. Já em 11 de julho de 2017, também sob o regime de urgência, o Senado Federal aprovou a proposta legislativa sem qualquer modificação no texto, fato que corrobora a estranheza acerca dos interesses na célere tramitação. Em 14 de julho de 2017, a Reforma Trabalhista, já encartada como Lei Ordinária 13.467/2017, foi sancionada pelo Presidente da República sem absolutamente qualquer veto, entrando em vigência em todo o território nacional em 11 de novembro de 2017.

1.1 Conceito, previsão legal e breves considerações acerca do contrato trabalho intermitente vigente na legislação brasileira

Em consulta ao dicionário Houaiss, verifica-se que intermitente é aquilo “em que ocorrem interrupções; que cessa e recomeça por intervalos; intervalado, descontínuo” (HOUAISS, 2020).

Através da Reforma Trabalhista, o legislador brasileiro inseriu o § 3º no art. 443 da CLT, criando o conceito legal do contrato de trabalho intermitente (BRASIL, 2017a). Pela conceituação legal, resta claro que o requisito habitualidade prescinde para a caracterização do vínculo de emprego, porque este último pode ocorrer na hipótese em que a prestação do serviço for descontínua. Vale dizer, na relação de emprego “não eventual é o trabalho necessário à consecução dos objetivos da empresa, tal como o define Ribeiro de Vilhena, sendo

irrelevante a quantidade de dias ou horas em que o trabalho é prestado” (VILHENA apud SEVERO; MAIOR, 2017, p. 68).

No que tange a previsão legal, o contrato de trabalho intermitente encontra-se delineado nos artigos 443 e 452-A e parágrafos, ambos da CLT (BRASIL, 2017a) e, a leitura dos dispositivos leva à conclusão de que o contrato de trabalho intermitente criou uma figura ímpar, a saber, a possibilidade de um emprego formal onde não ocorra, necessariamente, a contraprestação de um serviço por parte do empregado. Um emprego formal não necessariamente remunerado. Eis a incongruência que, ao que tudo indica, consta nos dispositivos da CLT não pela clara atecnia legislativa, mas por vontade manifesta – e interesses aparentemente não republicanos – dos congressistas brasileiros.

Nesse sentido, o contrato de trabalho intermitente, ao colocar, de forma generalista, a disposição do setor econômico a força de trabalho do cidadão brasileiro no patamar de simples mercadoria, inicialmente foi bem recepcionado pelo empresariado brasileiro, única parcela beneficiada pela medida. Segundo os dados oficiais do Governo Federal, entre novembro de 2017 a agosto de 2019, foram gerados 619.887 postos formais de emprego no Brasil, dos quais 102.173 (16,5%) registrados na modalidade intermitente (MINISTÉRIO DA ECONOMIA, 2019 apud DIEESE, 2019).

Não se nega que em pouco tempo o contrato intermitente proporcionou a criação de parcela considerável dos postos de emprego no Brasil, entretanto, denota-se que os dados publicados pelo Governo Federal não possuem tratamento qualitativo, impossibilitando concluir quantos dias no mês cada um destes trabalhadores prestou serviços aos respectivos empregadores.

Pela interpretação do texto legal estampado nos artigos 443, § 3º, e 452-A e parágrafos, ambos da CLT, é forçoso concluir que o

contrato de trabalho intermitente desloca parte considerável dos riscos da própria atividade econômica exercida pelo empregador para o empregado, desvirtuando o Princípio da Alteridade, base do direito do trabalho. É o exemplo mais claro da inserção do direito civil (direito privado, propriamente dito) no âmbito das relações reguladas pelo direito do trabalho (direito social).

A tendência lógica de tal desvirtuamento, certamente é demissão dos empregados contratados por prazo indeterminado e a consequente admissão de outros, precarizados, contratados sob a égide do contrato de trabalho intermitente. Dados oficiais do Governo Federal comprovaram que, no período compreendido entre novembro de 2017 a agosto de 2019, o estado do Rio Grande do Norte registrou o fechamento de 1.300 postos de empregos não intermitentes e, doutra banda, anotou a criação de 1.866 vagas de emprego sob a modalidade do contrato de trabalho intermitente (MINISTÉRIO DA ECONOMIA, 2019 apud DIEESE, 2019).

Note-se, o contrato de trabalho intermitente, por ser absolutamente precário, sobretudo em razão de sua imprevisibilidade e insegurança jurídica, mostra-se avesso a figura do emprego consagrada pelo constituinte, onde o trabalho jamais é recepcionado como mercadoria.

2 A ATUAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO BRASILEIRO NA IMPLEMENTAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE: UMA VIOLAÇÃO FORMAL À CONSTITUIÇÃO FEDERAL?

Mostra-se de grande importância a análise da atuação do poder legislativo brasileiro quando do processo de elaboração da lei que implementou, dentre outras medidas, o contrato de trabalho

intermitente, a fim de constatar se o parlamento violou formalmente a Constituição da República.

A análise formal da inconstitucionalidade de uma norma jurídica, consiste, basicamente, em verificar se a lei conteve algum vício em sua forma ou processo de elaboração. Na inconstitucionalidade nomodinâmica, “viciado é o ato, nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma final” (CANOTILHO, 2003, p. 959). Abordando o contrato de trabalho intermitente brasileiro, apresenta-se a hipótese de que tal instituto seja maculado por vício formal insanável de inconstitucionalidade quando do procedimento de sua elaboração. Passa-se a análise.

A Lei 13.467/2017, que, sem qualquer justificativa, tramitou em regime de urgência (máxima) no Congresso Nacional, simplesmente ignorou o debate parlamentar e não deu voz ao indispensável diálogo social, incidindo, por essa razão, em inconstitucionalidade formal por violação a pressupostos subjetivos do ato normativo (CANOTILHO, 2003).

Pode-se afirmar, que a Lei 13.467/2017 fora verdadeiramente outorgada e carente de qualquer debate parlamentar, tanto que “entre a divulgação do relatório e a aprovação do PL na Câmara (o que ocorreu com modificações pontuais), houve, de acordo com levantamento feito pelo Nexol, meras 26 horas de debate parlamentar” (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, 2017, apud NEXO, 2017). Este fato, por si só, evidencia que o necessário debate parlamentar, instrumento de eternização da vontade popular no sistema eleitoral representativo, simplesmente fora deixado de lado, sendo substituído por uma espécie de “deliberação artificial”. Um cumprimento vazio, simulado, do necessário procedimento formal de elaboração de uma norma jurídica.

A ausência de deliberação axiológica mostrou-se descarada,

na medida em que o Senado Federal aprovou a proposta legislativa sem qualquer modificação no texto encaminhado pela Câmara Baixa.

A inconstitucionalidade formal de determinada norma jurídica também se verifica quando, em seu processo de formação, há ausência de diálogo social. É o caso em que os parlamentares desconsideraram em absoluto a vontade ou manifestação dos detentores direitos do poder popular, atuando em desconexão e sem comunicação axiológica com a sociedade em que representam. Esta supressão de comunicação entre representantes e representados constatou-se no processo de formação da Reforma Trabalhista, norma que criou o contrato de trabalho intermitente no Brasil. Não se nega que a Câmara dos Deputados realizou audiências públicas para debater a proposta legislativa, entretanto, tais reuniões ocorreram em poucos meses, sempre de maneira presencial na capital federal, o que muito dificultou a oitiva de inúmeros setores da sociedade, sobretudo os representantes da classe trabalhadora – a mais afetada.

Também merece atenção o fato de que ao tempo da tramitação legislativa, o portal e-Democracia do Senado Federal disponibilizou ferramenta direcionada à consulta pública com finalidade de colher a opinião da sociedade brasileira sobre a Reforma Trabalhista. O resultado fora impressionante: dentre os 188.955 votos apresentados pela população brasileira, 93,23% (176.166) se manifestaram contra o projeto de lei (SENADO FEDERAL, 2017). Causa espécie que, além das mídias tradicionais, os parlamentares brasileiros não tenham levado o resultado da referida consulta pública em consideração. O processo de elaboração da Reforma Trabalhista, portanto, desrespeitou os fundamentos da soberania e do pluralismo político, positivados no artigo 1º, I e V, ambos da Carta Maior, razão pela qual, em que pese a aquiescência artificial ao regramento disposto nos regimentos internos das casas do Congresso Nacional, mostra-se

formalmente inconstitucional.

No caso em estudo, o vício formal de inconstitucionalidade operado em razão da ausência de representatividade e, conseqüentemente, legitimidade, também fora notabilizado pelo fiscal da lei. Em pedido formal de veto ao até então projeto de lei, o Parquet trabalhista denunciou a atuação antidemocrática do parlamento brasileiro, consistente no alijamento da opinião popular (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, 2017, p. 3):

A promoção de consultas a toda a sociedade em matérias legislativas referentes ao mundo do trabalho – que além de ser um pressuposto do Estado Democrático de Direito, expresso nos arts. 1o e 3o da Constituição Federal, é um compromisso internacional assumido pelo Brasil, nos termos da Convenção n. 144 da OIT, ratificada pelo Brasil em 1994 – é relevante para que as leis e regulamentadoras do mercado de trabalho sejam fruto de amplo diálogo social, realizado de maneira concreta, e não meramente formal.

O pedido de veto não obteve sequer uma resposta do então Presidente da República, Michel Temer.

Não obstante, tem-se que a inconstitucionalidade formal operou-se, de igual forma, em razão de “vício de decoro parlamentar” (LENZA, 2016, p. 255), também denominado “vício na formação da vontade no procedimento legislativo” (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2013), mácula caracterizada quando o parlamentar atua com abuso de prerrogativas ou com o intuito de percepção de qualquer vantagem indevida (direta ou indireta), conforme prevê o artigo 55, § 1º, do texto constitucional. Em síntese, quando o processo legislativo não atende aos interesses republicanos da nação, mas sim apenas parcela específica e direcionada da sociedade, no caso, o setor empresarial, em detrimento absoluto da classe trabalhadora.

Dentre outros fatos que corroboram a existência de vício de

decoro parlamentar, tem-se a manifestação externada pelo próprio relator da Reforma Trabalhista, o Deputado Federal Rogério Marinho: “a reforma da Previdência nos deu uma espécie de cortina de fumaça. Só se discute a reforma da Previdência, só se fala da reforma da Previdência. Está fora do radar a reforma trabalhista. E é bom que seja assim” (NEXO, 2017). A manifesta intenção criar uma lei “atrás da cortina”, as escuras, ofende os princípios da moralidade e impessoalidade, encartados no artigo 37, Constituição da República e, por isto, já expõe o vício de inconstitucionalidade.

Mas quem esteve “atrás da cortina” no curso do processo legislativo? Na Câmara dos Deputados, o relator da lei que inseriu o contrato de trabalho intermitente no Brasil, Rogério Marinho, economista, declarou ter recebido R\$ 835.840,00 (oitocentos e trinta e cinco mil, oitocentos e quarenta reais) na última campanha eleitoral e, dentre os principais doadores, nota-se a presença de grandes empresários, um banco e empresas do grupo Odebrecht (ATLAS, 2019) – companhia que, após várias condenações judiciais de seus prepostos, assumiu publicamente a prática de atos de corrupção no Brasil e no exterior. No Senado Federal, o relator da comissão de Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), Romero Jucá, apresentou parecer integralmente favorável ao até então projeto de lei, anotando, ainda, que a norma não suprime direito dos trabalhadores. O mesmo parlamentar, teve uma ligação telefônica interceptada pela Polícia Federal quando sugeria “um grande “acordo nacional” para estancar investigações de crimes de corrupção (Operação Lava Jato) por meio de um acordo “com o Supremo, com tudo” e “delimitava onde tá” (EL PAÍS, 2019). O termo “delimitar” utilizado pelo parlamentar, deixa claro a sua intenção de paralisar as investigações policiais, que tratavam de corrupção, em tramite naquele momento.

A relação espúria dos parlamentares no contexto do processo

de elaboração da lei que inseriu o contrato intermitente é notável, fato que externa o “vício de decoro”. A hipótese de que os parlamentares apenas referendaram interesses desafetos aos trabalhadores se confirma na medida em que lobistas de associações empresariais, tradicionalmente conhecidas por serem generosas doadoras de campanhas eleitorais, foram os verdadeiros autores de uma em cada três propostas de emendas na discussão da Reforma Trabalhista (THE INTERCEPT, 2017).

O mesmo jornal analisou os arquivos apresentados (emendas parlamentares) e seus reais autores, concluindo, através de prova técnica, que parte significativa das propostas incluídas no projeto de lei que criou o contrato de trabalho intermitente não fora verdadeiramente elaborada pelos Deputados Federais, mas sim pelas grandes associações empresariais (THE INTERCEPT, 2017):

The Intercept Brasil examinou as 850 emendas apresentadas por 82 deputados durante a discussão do projeto na comissão especial da Reforma Trabalhista. Dessas propostas de ‘aperfeiçoamento’, 292 (34,3%) foram integralmente redigidas em computadores de representantes da Confederação Nacional do Transporte (CNT), da Confederação Nacional das Instituições Financeiras (CNF), da Confederação Nacional da Indústria (CNI) e da Associação Nacional do Transporte de Cargas e Logística (NTC&Logística).

A lei fora encomendada e elaborada por meio da prática de “lobby” (atuação de determinados grupos organizados, que visam interesses próprios), ato não permitido no Brasil.

Noutro giro, tem-se que o argumento de que a CLT precisava ser atualizada, sobretudo para atender a realidade do mundo contemporâneo, não se sustenta, vez que “dos 921 artigos da CLT de 1943, apenas 188 continuam vigentes até hoje e praticamente nenhum destes fixa, digamos assim, custos aos empregadores” (MAIOR,

2017a).

3 O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE IMPLEMENTADO PELA REFORMA TRABALHISTA OFENDE MATERIALMENTE PACTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO?

Questiona-se: o contrato de trabalho intermitente, implementado pela Reforma Trabalhista, ofende materialmente pacto constitucional brasileiro? Cuida-se de verificação técnica (análise de constitucionalidade material – nomoestática), acerca de determinada ação (ato praticado pelo Estado – criação da lei), superveniente (a lei já se encontra em vigência) possivelmente parcialmente maculada (onde eventual vício compromete apenas parte da lei).

De largada, fato que denota atenção é que no contrato de trabalho intermitente o empregado é remunerado tão somente pelo tempo em que efetivamente prestou seus serviços ao empregador e, como nesta modalidade de contrato de trabalho a prestação de serviços não é contínua, a remuneração também torna-se variável, conforme previsto nos artigos 443, § 3º, e 452-A, § 5º, ambos da CLT. Esta incerteza, portanto, possibilita que o empregado receba uma remuneração mensal abaixo do valor de um salário mínimo (piso legal), o que invariavelmente viola frontalmente a garantia consagrada no artigo 7º, VII, da Constituição da República Brasileira.

De fato, por força do mandamento constitucional, independentemente de quantos dias o empregado prestar seus serviços ao empregador, em sede de contrato de trabalho intermitente, tem-se que o primeiro deverá fazer jus a pelo menos um salário mínimo, respeitando-se, ainda, o salário mínimo profissional, o salário normativo, o salário convencional ou o piso regional (ANAMATRA,

2018), sob pena de afronta ao texto constitucional.

Uma interpretação sistemática e teleológica do ordenamento jurídico pátrio leva à necessária conclusão de que a remuneração paga ao empregado admitido sob a égide do contrato de trabalho intermitente segue os mesmos preceitos do salário-tarefa, em que pese tal previsão não esteja expressamente consignada nos artigos 443, § 3º, e 452-A e parágrafos, ambos da CLT. Assim sendo, ainda mesmo nas hipóteses em que o empregado intermitente não seja convocado para prestar serviços, por estar o contrato de trabalho plenamente vigente (sem suspensão ou interrupção), deverá fazer jus ao recebimento do salário mínimo mensal, sob pena de violação ao direito constitucional ao salário mínimo.

Nesta mesma toada, inclusive, é o apontamento da doutrina (DELGADO, M.; DELGADO, G., 2017, p. 155):

Essa garantia constitucional, aliás, é reconhecida por diversos julgados do Supremo Tribunal Federal com respeito aos servidores celetistas da Administração Pública direta, autárquica e fundacional - ou seja, empregados estatais, naturalmente regidos pela CLT (OJ 358, II, do TST). [...] Mesmo com a garantia desse salário mínimo mensal, inclusive para os meses contratuais sem convocação para o trabalho - em conformidade com os preceitos normativos supra mencionados -, não há dúvida de que a nova fórmula jurídica poderá ter um efeito avassalador quanto ao rebaixamento do valor trabalho na economia e sociedade brasileiras.

Nesta seara, é forçoso concluir, por arrastamento, que o contrato de trabalho intermitente atualmente regulamentado na CLT também mostra-se materialmente inconstitucional ao violar as garantias do décimo terceiro salário o gozo de gozo de férias anuais remuneradas, previstas no artigo 7º, VII e XVIII, ambos da

Constituição da República. Isto porque, segundo a atual redação do artigo 452-A, § 6º, da CLT, ao final de cada período de prestação de serviço, o empregado receberá o pagamento imediato da remuneração, além de parcelas proporcionais de férias e terço constitucional, décimo terceiro salário, repouso semanal remunerado e adicionais legais. Uma espécie de “pagamento proporcional conglobante”.

Uma interpretação literal do dispositivo em questão (artigo 452-A, § 6º, da CLT), portanto, leva a crer que o empregado admitido sob o regime de intermitência não fará jus ao salário natalino no fim de cada ano e, de igual forma, até poderá gozar férias, todavia, sem o respectivo pagamento acrescido do terço constitucional. Esta hipótese certamente ofende a verdadeira exegese do direito do trabalho, colidindo materialmente com a Carta da República.

Em que pese a previsão do pagamento proporcional “pari passu”, previsto para cada período de prestação de serviços, o texto constitucional brasileiro assegura o recebimento do décimo terceiro salário, que, por justificativa histórica – parcela salarial com origem na normatividade autônoma trabalhista – é pago no fim de cada ano, no máximo em duas parcelas. Do mesmo modo, descabe a possibilidade de gozo de férias sem o respectivo pagamento, quando de sua concessão, uma vez que a “remuneração de férias” (pagas no momento do gozo do período de descanso) é requisito indissociável ao próprio instituto, por força da previsão estampada no artigo 7º, XVII, da Constituição de República.

A inconstitucionalidade material fora apontada por membros do próprio Poder Judiciário (ANAMATRA, 2018, p. 42):

É inconstitucional o regime de trabalho intermitente previsto no art. 443, § 3º, e art. 452-A da CLT, por violação do art. 7º, I e VII, da Constituição da República e por afrontar o direito fundamental do

trabalhador aos limites de duração do trabalho, ao décimo terceiro salário e às férias remuneradas.

A característica intermitência na prestação dos serviços do empregado, como visto, também leva à violação do direito fundamental ao limite de duração da jornada de trabalho, consagrado no artigo 7º, I e VII, da Constituição da República.

É que a descontinuidade culmina com a seguinte aberração jurídica: possibilita que inúmeros trabalhadores permanecem indefinidamente à disposição de seus empregadores, sob verdadeiro regime de prontidão, violando a garantia da limitação da jornada de trabalho, prevista no artigo 7º, XIII, da Constituição da República. Em algumas hipóteses, inclusive, tem-se que o empregado poderá permanecer aguardando a “convocação” de seu empregador no próprio ambiente de trabalho, como no caso da empregada doméstica, “que, após décadas de uma autêntica escravidão, conquistou o direito à limitação da jornada de trabalho, poderia ficar na residência do ‘patrão’ 24 horas sem que atingisse a jornada de 8 horas” (MAIOR, 2017b, p. 214).

O artifício legislativo encampado pelo artigo 452-A, § 5º, da CLT é claro, criou-se um novo conceito onde a realidade do tempo à disposição do empregador, simplesmente não detém os efeitos jurídicos do tempo à disposição (DELGADO, M.; DELGADO, G., 2017). O legislador adotou, *in casu*, uma espécie de “submissão conglobante”, que afronta, de igual maneira, tanto o direito à desconexão do trabalho, quanto vários outros direitos sociais constitucionalmente positivados, na medida em que pulveriza as chances de se efetivar o gozo da cultura, lazer, entre outros.

Vale destacar que o Supremo Tribunal Federal brasileiro já fora instado, através do controle concentrado de constitucionalidade,

para que reconheça as afrontas materiais ao texto fundamental da República. Um levantamento realizado perante o sítio do Pretório Excelso, datado de 30 de janeiro de 2020, comprova a existência de cinco ações diretas de inconstitucionalidade (ADI's), que buscam a declaração abstrata de que o contrato de trabalho intermitente implementado pela Reforma Trabalhista viola frontalmente os direitos fundamentais. As ADI's, que estão sob relatoria do Ministro Edson Fachin, foram autuadas na Corte Máxima do judiciário brasileiro sob os números 5.806, 5.826, 5.829, 5.950 e 6.154, sustentam, em síntese, que o contrato de trabalho intermitente ofende os seguintes dispositivos constitucionais: artigo 1º, caput, III e IV; artigo 5º, caput, II e XXIII; e artigo 6º, caput, artigo 7º, caput, IV, V, VII, VIII, XIII, XVI e XVII. Isto porque, a figura do contrato de trabalho intermitente implicaria em verdadeira precarização da relação de emprego e, por conseguinte, na retração de direitos sociais positivados no texto constitucional, causando verdadeiro retrocesso. Não há, em contrapartida, uma única ação pleiteando a declaração de constitucionalidade do contrato laboral em questão (ADC). Esta assimetria comprova o descrédito da própria comunidade jurídica – especialmente dos legitimados a questionar a constitucionalidade, em sede de controle concentrado – para com o contrato de trabalho intermitente.

CONCLUSÃO

O presente estudo debruçou-se sobre a figura do contrato de trabalho intermitente implementado no ordenamento jurídico pátrio pela Lei 13.467/2017, a denominada Reforma Trabalhista, verificando sua eventual afronta ao pacto constitucional brasileiro.

De largada, a breve análise acerca do surgimento da própria

lei ordinária que implementou o contrato de trabalho intermitente na CLT, demonstrou, categoricamente, que a norma fora aprovada pelo parlamento brasileiro a “toque de caixa”, apenas com a intenção de gerar postos artificiais de emprego.

Perpassando pela análise acerca da existência de eventual vício de inconstitucionalidade formal do contrato de trabalho intermitente, fora possível confirmar a hipótese inicialmente posta à discussão. A inconstitucionalidade formal operou-se em razão de “vício de decoro parlamentar”, ao passo que fora comprovada a mácula na formação da vontade no procedimento legislativo, caracterizada, sobretudo, pela atuação artificial dos representantes políticos, que apenas referendaram interesses jurídicos dos grandes atores do setor financeiro e, ainda, ignoraram o diálogo democrático – requisito *sine qua non* de validade do sistema representativo brasileiro –, violando frontalmente os fundamentos da soberania e do pluralismo político, positivados no artigo 1º, I e V, ambos da Carta Maior.

Nesta esteira, o presente estudo também logrou êxito em confirmar a hipótese primitivamente apresentada de que o contrato de trabalho intermitente, ofende materialmente o pacto constitucional brasileiro. Uma interpretação sistemática e teleológica dos artigos 443, § 3º, e 452-A e parágrafos, ambos da CLT, leva à inevitável conclusão de que tais normas são absolutamente incompatíveis com a Constituição da República, ao ponto que contrariam materialmente inúmeros direitos constitucionalmente positivados, tais como: artigo 1º, caput, III e IV; artigo 5º, caput, II e XXIII; e artigo 6º, caput, artigo 7º, caput, IV, V, VII, VIII, XIII, XVI e XVII, além de outros.

Não obstante, também fora possível verificar que todas as cinco ações judiciais em atualmente em tramite perante o Supremo Tribunal Federal brasileiro, em sede de controle concentrado de

constitucionalidade, que tratam do tema ora em estudo, buscam a declaração de inconstitucionalidade do contrato de trabalho intermitente, fato que demonstra o caráter antagônico da referida figura trabalhista para com o texto constitucional.

Em linhas gerais, portanto, a presente investigação confirmou as hipóteses preliminarmente postas à baila, concluindo pela inconstitucionalidade conglobante – forma e material – do novíssimo modelo de contrato de trabalho brasileiro, o qual certamente ainda deverá ser objeto vários – e maiores – estudos, intentados sob os mais diferentes prismas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 jan. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 09 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 25 jan. 2020.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Trabalho Intermitente e Golpismo Constante. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**, São Paulo, v. 28, n. 334, p. 211-215, 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e a teoria da Constituição**. 7. ed. rev. Coimbra: Almedina, 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à lei n. 13.467/2017**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2017.

LENZA, Pedro. **Curso de direito constitucional esquematizado**. 20. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

SEVERO, Valdete Souto; MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Manual da reforma trabalhista: pontos e contrapontos**. 1. ed. Porto Alegre–São Paulo: Sensus, 2017.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2010.

ANAMATRA. XIX Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – Conamat (2018): reforma trabalhista – enunciados aprovados. Disponível em:

<http://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto_RT_Jornada_19_Conamat_site.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2020.

ATLAS POLÍTICO. Disponível em: <<http://www.atlaspolitico.com.br/perfil/rogeriomarinho4545>>. Acesso em: 25 jan. 2020.

DIEESE – DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS ECONÔMICOS. Trabalho Intermitente no Rio Grande do Sul – nov/2017 a ago/2019: Com baixos salários, trabalho intermitente avança. Disponível em:

<http://www.cutrs.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Umbalan%C3%A7o-do-Trabalho-Intermitente-no-RS_vf.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2020.

EL PAÍS. “A solução mais fácil era botar o Michel”. Os principais trechos do áudio de Romero Jucá. Disponível em:

<http://www.brasil.elpais.com/brasil/2016/05/24/politica/1464058275_603687.html>. Acesso em: 25 jan. 2020.

HOUAISS, A.; VILLAR, M. S. FRANCO, F. M. de M. Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. A quem interessa a “reforma” trabalhista? Disponível em:

<<http://www.jorgesoutomaior.com/blog/a-quem-interessa-essa-reforma-trabalhista>]. Acesso em: 25 jan. 2020.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Disponível em: <<http://www.diap.org.br/images/stories/PLC38MPT-Pedido-de-Veto.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/copy_of_pdfs/ADI%204887.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2020.

NEXO. Como a Câmara aprovou mudanças em 90 artigos da CLT com 26 horas de debate. Disponível em:

<<http://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/04/27/Como-a-C%C3%A2mara-aprovou-mudan%C3%A7as-em-90-artigos-da-CLT-com-26-horas-de-debate>>. Acesso em: 25 jan. 2020.

SENADO FEDERAL. Consulta pública ao PLC 38/2017. Disponível em:

<<http://www.12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=129049>>. Acesso em: 25 jan. 2020.

THE INTERCEPT. Lobistas de bancos, indústrias e transportes estão por trás das emendas da reforma trabalhista. Disponível em: <<http://www.theintercept.com/2017/04/26/lobistas-de-bancos-industrias-e-transportes-quem-esta-por-tras-das-emendas-da-reforma-trabalhista/>>. Acesso em: 25 jan. 2020.

CONTRATO DE APRENDIZAGEM: DIREITO À PROFISSIONALIZAÇÃO E PROTEÇÃO NO TRABALHO

APPRENTICESHIP CONTRACT: THE RIGHT TO PROFESSIONALIZATION AND JOB PROTECTION

*Marilande Almada de Mendonça Papa*²¹
*Marcelo Braghini*²²

RESUMO

O objetivo deste artigo consiste em averiguar se as normas jurídicas relativas ao contrato de aprendizagem oferece efetiva proteção ao jovem aprendiz e concretiza o direito a profissionalização. Utilizou-se o método dedutivo, partindo de conceitos e princípios universais, com emprego do processo analítico, partindo de uma pesquisa bibliográfica e legislativa.

Para tanto, foi necessário abordar o contexto histórico do trabalho infantil, a legislação, o contrato de aprendizagem e sua hipóteses de nulidade. Constatou-se da análise do conteúdo abordado que a legislação vem passando por importantes transformações. Todavia, apesar dos avanços no direito à profissionalização e à proteção do trabalho adolescente, não se traduz o valor idealizado pela sociedade na norma jurídica positivada.

Assim, fica a indagação a legislação vigente efetiva completamente a proteção do adolescente, bem como não garante o direito a

²¹ MBA Especialização em Administração de Organizações pela FUNDACE - FEARP / Pós Graduando em Direito e Processo do Trabalho pela FDRP-USP. E-mail: almadamendonca@adv.oabsp.org.br

²² Professor de Direito do Trabalho da UEMG e UNAERP. Mestre e Doutorando em Direito pela UNAERP. E-mail: braghini.advocacia@gmail.com

profissionalização?

Palavras-chave: Aprendiz. Profissionalização. Proteção. Trabalho.

ABSTRACT

The purpose of this article consists of inquiring if the legal standards concerning the apprenticeship contract offer effective protection to young apprentice and ensure the right to professionalization. The deductive approach was used with an analytical procedure, starting from a bibliographical and legal research. To reach this result, it was necessary to address to the historical context of child labour, legislation, the apprenticeship contract and its hypothesis of nullity. It was found from the analysis of the covered content that the legislation has undergone important transformations. However, despite the progress that has been made about the right to professionalization and protection of child labour, it does not confirm itself in the positive legal norm ruled by the society. Thus, it remains to be asked the current legislation that fully protects adolescents, as well as does not guarantee the right to professionalization?

Keywords: Apprentice. Professionalisation. Protection. Work.

INTRODUÇÃO

A Inicialmente, faz-se necessário destacar que esse artigo estuda a forma proposta de contratação criada pela Lei da Aprendizagem no intuito de averiguar a efetividade do direito à profissionalização e a proteção do aprendiz no mercado de trabalho.

Para elaboração desse artigo, recorreu-se ao método dedutivo. O objetivo desse trabalho consiste em averiguar em que medida a Lei de Aprendizagem oferece o direito à profissionalização e proteção ao aprendiz.

Assim, a estrutura do artigo foi dividida em 05 (cinco)

seções, iniciando-se o estudo com o histórico global do trabalho infantil no intuito de entender seu aspecto histórico e social nas relações trabalhistas desenvolvidas em sociedade.

Sequencialmente, foi realizado um estudo do contrato de aprendizagem dentro do ordenamento jurídico, coletando o conteúdo previsto na legislação e doutrinas pertinentes ao tema, destacando-se os elementos necessários para o desenvolvimento do contrato de aprendizagem válido.

Justifica-se, para atingir o objetivo do presente artigo, o estudo e a compreensão das normas jurídicas que tutelam o contrato de aprendizagem para verificar se a legislação vigente é suficiente para concretizar o direito à proteção e profissionalização do aprendiz.

1 O CONTEXTO HISTÓRICO DO TRABALHO INFANTIL

1.1 Origem histórica no Brasil

No Brasil, a exploração do trabalho infantil remonta ao período da escravidão. Os senhores de fazenda serviam-se de descendente de escravos e menores órfãos, que eram submetidas ao labor árduo com jornadas extensas.

Com a abolição da escravatura e aumento da oferta de mão de obra, muitas famílias brancas passaram a disponibilizar crianças para desenvolver trabalhos e complementar o orçamento familiar.

Assim, posteriormente com a industrialização no Brasil, no final do século XIX e início do século XX, os empregadores da indústria passaram a se utilizarem do trabalho infantil, uma vez que representava mão de obra mais barata.

Considerada por vários juristas como a primeira lei sobre o

trabalho infantil, o decreto nº 1.313 de 17 de janeiro de 1891, que regulamentou limitação de idade, possibilidade de fiscalização pelo Poder Público, proibição do trabalho noturno, perigoso e insalubre, bem como estabelecia penalidades em caso de descumprimento.

Em 1909, Nilo Peçanha editou o Decreto nº 7.566, que criou em alguns estados da federação a Escola de Aprendizizes e Artífices.

O decreto nº 17.943-A, foi assinado por Washington Luís em 1927, denominado Código de Menores, proibia o trabalho de menores de 12 anos, exigia instrução primária aos trabalhadores menores de 14 anos, bem como mantinha a vedação do trabalho noturno, perigoso e insalubre.

Atualmente atravessamos um período de grave crise política econômica e ética no Brasil, nesse contexto percebemos que grande parcela da sociedade brasileira desenvolveu uma superavaliação ao emprego, renunciando conquistas sociais e caminhando muitas vezes para um retrocesso legislativo, como bem explica José Afonso Dallegrave Neto: *“com o traspasse do Estado Social para o Neoliberal, o que se vê é um processo de desuniversalização e desconstitucionalização de direitos sociais e trabalhistas”* (Dallegrave Neto, José Afonso -pag. 17)

No Brasil, o trabalho infantil não é considerado crime pelo Código Penal. Nesse contexto, a condição social e econômica de muitas famílias é preponderante para introdução precoce das crianças e adolescentes ao mercado de trabalho. Ocorre que crianças submetidas ao trabalho apresentam mau desempenho escolar e, nesses termos, a lei de aprendizagem pode ser considerada uma medida de protetiva ao trabalho do menor conforme se depreende da análise da legislação e do conteúdo doutrinário abaixo apresentado.

2 O CONTRATO DE APRENDIZAGEM E A LEGISLAÇÃO

2.1 O ordenamento jurídico e o contrato de aprendizagem

A Lei nº 10.097/2000, também conhecida como lei de aprendizagem, considerada como instrumento de combate ao trabalho infantil, foi posteriormente regulamentada com o Decreto Lei nº 5.598/2005, estabelecendo direitos trabalhistas e obrigações acessórias.

Impende registrar que em parceria com OIT, o extinto Ministério do Trabalho divulgou nossa legislação para 27 países da América Latina e Caribe, sendo esse instrumento normativo, considerado por muitos como um instrumento de combate ao trabalho infantil e à evasão escolar.

Entre os direitos trabalhistas assegurados, podemos destacar a possibilidade de formação técnica profissional, jornada reduzida, fundo de garantia por tempo de serviço, férias, vale transporte, estabilidade no contrato de aprendizagem durante o período contratual e entrega de certificado de qualificação profissional.

Outrossim, vale destacar que o artigo 7º, XXXIII da Constituição Federal de 1988, estabelece proteção aos menores de 18 anos quando veda o trabalho noturno, perigoso ou insalubre, porém termina com a ressalva na condição de aprendiz a partir de quatorze anos.

Ainda, a Carta Magna garante no artigo 205 o direito à educação, que deve ser promovida pelo Estado, família e sociedade como um todo, visando o desenvolvimento e a qualificação para o trabalho do adolescente e do jovem portador de deficiência, assegurando a idade mínima de quatorze anos para inserção no trabalho, garantia previdenciária e trabalhista e acesso do

adolescente e jovem à escola.

Quanto à regulamentação, a portaria 8740/2016 editou novas regras para a contratação de aprendizes por empresas cujas atividades-fim eram tidas como insalubres e proibidas aos menores de 18 anos. Eis que referida norma permite a formação prática dos jovens em outro ambiente.

O ordenamento jurídico brasileiro assegura o direito a profissionalização e define o contrato de aprendizagem no artigo 62 do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), o qual define a aprendizagem como a formação técnico-profissional com conteúdo ministrado conforme as diretrizes e bases da legislação de educação vigente.

Nesse diapasão, vale ainda citar o artigo 68 do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), que estabelece critérios para implantação de programa social destinado a desenvolver o trabalho educativo.

No que tange aos critérios de validade do contrato de aprendizagem, remuneração, prazo de vigência, formação técnico-profissional, essas matérias encontram-se disciplinadas no art. 428 da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), que estabelece contrato por escrito, o aprendiz deve ser maior de 14 e menor de 24 anos (o limite da idade máxima não se aplica para portadores de deficiência), estar inscrito em programa de formação técnico – profissional, o empregador deverá anotar a CTPS, lhe será garantido o salário mínimo hora, não poderá o contrato exceder o prazo de 2 anos, exceto para aprendizes portadores de deficiência, nas localidades que não tenha ensino médio, poderá ocorrer a contratação do aprendiz sem frequência escolar desde que tenha completado o ensino fundamental, no caso do aprendiz com deficiência com 18 (dezoito) anos ou mais, para validade do contrato

de aprendizagem além da anotação na CTPS, deverá ser comprovada matrícula e frequência em programa de aprendizagem desenvolvido sob orientação de entidade qualificada em formação técnico-profissional metódica.

Quanto aos critérios para cálculo do percentual obrigatório da cota na contratação de aprendizes, o artigo 429, caput da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), estabelece o mínimo de 5% e máximo de 15% dos trabalhadores existentes no estabelecimento. Todavia, não será aplicada essa regra quando o empregador for entidade sem fins lucrativos, ou que tenha por objetivo a educação profissional (art. 429, §1º-A).

A responsabilidade de matrícula do aprendiz é do empregador, o rol das instituições qualificadas para ministrar o curso de aprendizagem e o direito ao certificado de conclusão do curso de aprendizagem encontra-se disciplinadas no artigo 430 da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho).

No que tange à remuneração do aprendiz, lhe será garantido um salário mínimo/hora, salvo condição mais favorável, fixada no contrato de aprendizagem e prevista em convenção ou acordo coletivo. Também é direito do aprendiz receber o vale transporte.

Insta ressaltar que o sistema de remuneração não protege integralmente o aprendiz. Eis que a base de cálculo de salário costumeiramente observa apenas o tempo despendido nas atividades laborais desempenhadas dentro da empresa, desprezando o tempo em que o aprendiz passou dentro dos cursos profissionalizantes.

O depósito do FGTS deve ser efetuado no percentual de 2% da remuneração paga ou devida no mês anterior, conforme dispõe o art. 15, §7º da lei nº 8.036/90.

No que tange à carga horária laboral do aprendiz, verifica-se que a legislação não cumpre o papel de protetor que se espera, pois

impõe ao menor uma jornada excessiva considerando o estágio de desenvolvimento físico e intelectual do jovem aprendiz. A carga horária total tempo de aprendizagem prática e teórica não deveria ultrapassar a jornada diária de 6 horas, sob pena de prejudicar o pleno aprendizado e desenvolvimento, bem como importar em sérios prejuízos ao seu repouso, convivência social e saúde do aprendiz.

Em relação às férias, deverão coincidir com as férias escolares, não podendo o empregador conceder em período diverso ao fixado no programa de aprendizagem, tampouco segundo o artigo 432 da CLT a duração do trabalho poderá exceder 6 (seis) horas diárias, sendo o limite de 8 (oito) horas diárias aos aprendizes que completaram o ensino fundamental, sendo proibida a prorrogação e compensação de jornada.

O artigo 433 da CLT(Consolidação das Leis do Trabalho) estabelece as modalidades de extinção do contrato de aprendizagem, nas hipóteses do aprendiz completar 24 anos, desempenho insuficiente ou inadaptação do aprendiz, ressaltando sua inaplicabilidade quando o aprendiz for deficiente e não lhe for assegurado apoio ou tecnologias assistivas, falta grave, ausência injustificada escolar que provoque a perda do ano letivo e a pedido do aprendiz.

Importante ressaltar que, mesmo no caso de redução do quadro de pessoal, não haverá a possibilidade de demissão dos aprendizes. Eis que o artigo 433 é taxativo nas hipóteses de término do contrato de aprendizagem, não contemplando tal possibilidade.

Assim, o aprendiz não pode ser demitido sem justa causa. Verifica-se a preservação de empregos do jovens, que estarão protegidos diante da crise econômica e financeira.

Todavia, se a empresa alterar a modalidade do contrato de aprendizagem para o contrato de prazo indeterminado, estará sujeita

a autuação administrativa. Eis que o contrato de aprendizagem tem natureza especial, como forma de proporcionar ao jovem aprendiz sua formação profissional.

Assim, no caso de rescisão antecipada, não contemplada nas hipóteses acima mencionadas, o aprendiz terá direito a aplicação de indenização prevista no artigo 479 da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), metade da remuneração que teria direito até o final do contrato.

No que tange ao processo de fiscalização do cumprimento da cota de aprendizagem, ocorrerá consoante ao disposto no art. 30 da Instrução Normativa nº 146/2018.

Necessário registrar que o legislador também regulamentou as sanções que devem ser impostas no caso de descumprimento da cota de aprendizagem. O artigo 434 da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) dispõe sobre as penalidades, que implica em imposição de multas de valor igual a um salário mínimo regional, calculado sobre quantos empregados estiverem em desacordo com a lei, não podendo ultrapassar cinco vezes o salário mínimo regional.

O Manual da Aprendizagem estabelece o procedimento para aplicação das penalidades, na seguinte ordem, lavratura de auto(s) de infração e imposição de multa(s), garantindo o contraditório e ampla defesa, encaminhamento do relatório ao MPT, formalização de termo de ajuste de conduta, instauração de inquérito administrativo e ou ajuizamento de ação civil pública, encaminhamento de relatórios ao MPT e Promotoria da Infância e Juventude para providências legais cabíveis, nulidade do contrato de aprendizagem, caracterização de relação de emprego por prazo indeterminado.

2.2 Organização Internacional do Trabalho (OIT) e o contrato de aprendizagem

No âmbito internacional, impende destacar as diversas Convenções e Recomendações da OIT (Organização Internacional do Trabalho), que visam assegurar o direito a profissionalização e proteção do jovem no mercado de trabalho, promovendo igualdade de oportunidade de emprego e capacitação profissional, além de possuir o objetivo de banir práticas de exploração ao trabalho e discriminação.

Nessa linha, cabe transcrever trecho da obra “Trabalho e Profissionalização do Jovem” (Oliveira, Oris de: Trabalho e profissionalização do jovem – página 36):

- “(...)1. Convenção 87, sobre liberdade sindical e proteção do direito de sindicalização, 1948;*
2. Convenção 89 trabalho noturno de menores na indústria;
3. Convenção 100, sobre igualdade de remuneração, 1951;
4. Convenção 105, sobre trabalho forçado, 1957;
5. Convenção 111, sobre discriminação (ocupação e emprego), 1958;
6. Convenção 122, sobre política de emprego, 1964;
7. Recomendação 136, sobre programas especiais para os jovens, 1970;
8. Convenção 1958, sobre idade mínima, 1973;
9. Recomendação 146, sobre idade mínima, 1973;
10. Convenção 142, sobre desenvolvimento de recursos humanos, 1975;
12. Recomendação 192, sobre piores formas de trabalho infantil.”[15]

Nesse contexto, vale ainda destacar as Recomendações e Convenções abaixo listadas, por (Oliveira, Oris de : Trabalho e profissionalização do jovem páginas 41-42):

“(..)- Recomendação 88: sobre formação profissional de adultos, inclusive deficientes, 1950.

- Recomendação 101: sobre formação profissional (agricultura), 196.n. 3 – A orientação profissional é um processo contínuo, cujos princípios fundamentais são os mesmos seja qual for a idade da pessoa que recebe seus conselhos.

- Convenção 117: sobre políticas social (normas e objetivos), 1962 (ratificada). (Parte VI – Educação e formação profissional, arts. 15 e 16; ns. 46 a 54 sobre aprendizagem.)

- Recomendação 117: sobre formação profissional, 1962. (Substitui as de 1939, 1939 [aprendizagem] e 1950; n. 15 [pré-profissionalização, ns. 46 a 54 [aprendizagem].

- Recomendação 126: sobre formação profissional (pescadores), 1966. (Art. 15 [pré-profissionalização].)

- Recomendação 136: sobre programas especiais para jovens, 1970.

- Recomendação 137: sobre formação profissional (pessoal marítimo), 1970.

- Convenção 140: sobre licença remunerada de estudos, 1974 (ratificada).

- Recomendação 148: sobre licença remunerada de estudos, 1974.

- Convenção 142 (ratificada): sobre desenvolvimento de recursos humanos, 1975.

- Recomendação 150: sobre a orientação profissional e a formação profissional para desenvolvimento dos recursos humanos (Há referências explícitas a adolescentes, por ex. n. 7, inciso I). (Art. 5º: sobre orientação e formação profissional.)

- Convenção 159: sobre readaptação e emprego (deficientes), 1983.

- Recomendação 196: sobre promoção de cooperativas, 2002.”

No que tange à eficácia jurídica da Convenção Internacional, necessário dizer que sua introdução ao ordenamento jurídico pátrio

está atrelada a sua ratificação por ato legislativo (art. 49, inciso I da Constituição Federal), de tal maneira que apenas após ratificação, passa a vigorar no ordenamento jurídico na mesma hierarquia das leis ordinárias.

Já as Recomendações não estão sujeitas a ratificação, bem como não possuem poder coercitivo, limitando-se a oferecer diretrizes de ação para implemento de políticas de ação a serem adotadas.

Nessa senda, insta ressaltar a Convenção Internacional nº138 que regula a fixação da idade mínima para admissão no emprego, aprovada pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo n.179, de 14.12.1999), bem como a Convenção Internacional nº 182 que proíbe as piores práticas de trabalho infantil, tais como venda, tráfico de crianças, trabalho forçado, exploração sexual e realização de atividades ilícitas como tráfico de entorpecentes e armas de fogo, também foram aprovadas pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo n.178, de 14.12.1999).

2.3 Elementos do contrato de aprendizagem

O contrato de aprendizagem pode apresentar duas modalidades: com vínculo de emprego e sem vínculo de emprego. Quando na modalidade com vínculo de emprego, deve ser escrito e por prazo determinado, não podendo ultrapassar o prazo de 2 (dois) anos, salvo aqueles pactuados com aprendizes portadores de deficiência. Deverá, ainda, conter requisitos específicos como a qualificação da empresa contratante e do aprendiz, identificação da entidade que ministra o curso de aprendizagem, designação da função e curso no qual o aprendiz está matriculado, salário ou remuneração mensal (ou salário-hora), jornada diária e semanal, com

indicação dia/hora dedicados a atividade prática, termo inicial e final do contrato de aprendizagem, responsabilidades do empregador e do aprendiz, assinatura do responsável legal da empresa e do aprendiz.

Quando o aprendiz estiver na faixa etária entre 14 e 16 anos, deverá o contrato também ser assinado pelo seu responsável legal, pois trata-se de absolutamente incapaz nos termos do artigo 3º do Código Civil/2002.

No que tange à capacidade das partes, enquanto o aprendiz não atinge os 18 anos, possui capacidade relativa para prática de alguns atos laborais, sendo que para outros atos irá necessitar de assistência do responsável legal.

3 HIPÓTESES DE NULIDADE DO CONTRATO DE APRENDIZAGEM

A finalidade do contrato de aprendizagem é a formação técnico profissional metódica e compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico. Por outro lado, o aprendiz deve executar com zelo e diligência as tarefas delegadas que proporcionarão sua formação para o mercado de trabalho.

Nessa senda, verifica-se que o contrato de aprendizagem possui uma função social, eis que proporciona vários benefícios para sociedade, pois não só garante a possibilidade de aprendizagem de um ofício, como ainda permite ao empregador preparar um profissional com o perfil da sua empresa.

Ocorre que a validade do contrato de aprendizagem está adstrita a alguns pressupostos, tais como anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, matrícula e frequência do aprendiz à escola, caso não tenha concluído o Ensino Fundamental e inscrição no programa de aprendizagem.

Assim, no caso de descumprimento dos requisitos acima elencados, o contrato de aprendizagem poderá ser declarado nulo nos termos do artigo 9º da Consolidação das Leis Trabalhista, estabelecendo-se vínculo empregatício com o empregador.

Todavia, tal hipótese não ocorrerá se o empregador for pessoa jurídica de direito público, o que sem dúvida representa uma falha na efetiva proteção do aprendiz.

São várias as situações em que se implica na nulidade do contrato de aprendizagem. Todavia, faz-se necessário revelar que todas as hipóteses que ensejam sua invalidade têm como ponto comum a violação dos dispositivos legais que regulamentam o contrato de aprendizagem.

Observa-se que o judiciário tem atuado no sentido de assegurar ao aprendiz a efetiva proteção, bem como o direito à profissionalização, punindo aqueles que buscam burlar a legislação, utilizando-se do contrato de aprendizagem para intensificar a exploração laboral e encobrir um contrato de trabalho convencional, o que merece total repúdio da sociedade, vez que desvirtua o objetivo de proteção e profissionalização do aprendiz. Com isso, propicia ao aprendiz melhores oportunidades no mercado de trabalho.

A Instrução Normativa nº 146, de 25 de Julho de 2018, em seu artigo 37, dispõe sobre as hipóteses em que ocorre a descaracterização do contrato de aprendizagem, não houver contrato de aprendizagem por escrito e com prazo determinado, deixar de proceder anotação na CTPS, não houver comprovado matrícula e frequência do aprendiz à escolar, programa de aprendizagem em desconformidade com a legislação, ausência de correlação entre atividades práticas e as ministradas no programa de aprendizagem, contratação de entidades sem fins lucrativos não inscritas no

Cadastro Nacional de Aprendizagem ou em programas de aprendizagem não validado no referido Cadastro.

CONCLUSÃO

O estudo realizado demonstrou que o direito à profissionalização e à proteção do jovem aprendiz no mercado de trabalho ainda se encontra em estado de evolução, na medida em que a legislação vigente não contém instrumentos suficientes para alcançar o direito à profissionalização do aprendiz.

Todavia, inegável que os dispositivos legais apresentados são um importante instrumento no combate ao trabalho infantil e da precarização do trabalho do jovem.

Inferese do estudo realizado a carência do desenvolvimento de mecanismos legislativos na assistência aos jovens no período posterior à qualificação. Inserções precárias e temporárias não têm o condão de combater a situação de vulnerabilidade social, tampouco efetiva o direito à profissionalização.

Reitera-se: é preciso repensar esse modelo de aprendizagem meramente assistencialista para concretização do direito à profissionalização, buscando sempre o desenvolvimento cultural e econômico, no tocante às ações de fiscalização do cumprimento das cotas de aprendizagem, necessária sua intensificação, dada a ausência de consciência coletiva empresarial no sentido de alcançar que a formação profissional do aprendiz se traduz em elemento essencial para sustentabilidade do empreendimento econômico.

Conclui-se, portanto, que a norma do contrato de aprendizagem não alcança sua plena eficácia por falta de fiscalização eficiente quanto ao cumprimento das cotas estabelecidas na legislação. Também nota-se falta de articulação de

políticas públicas voltadas para profissionalização do aprendiz de forma coordenada para atender o mercado de trabalho.

REFERÊNCIAS

Legislação:

Convenção OIT n.005 Disponível em <https://www.diap.org.br/images/stories/OIT/convencao005.pdf>. Acesso em 27 de janeiro de 2020.

Decreto nº 7.566, de 23 de setembro de 1909. Disponível em http://portal.mec.gov.br/setec/arquivos/pdf3/decreto_7566_1909.pdf Acesso em 27 de janeiro de 2020.

Decreto nº 17.943-A de 12 de outubro de 1927. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943A.htm Acesso em 27 de janeiro de 2020.

Instrução Normativa SIT nº 146 de 25/07/2018. Disponível em: <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/Instrucao-normativa-sit-146-2018.htm>.> Acesso em 22 de janeiro de 2020.

Manual da Aprendizagem 2017. Disponível [http://www.trabalho.gov.br/images/Documentos/Aprendizagem/Manual da Aprendizagem2017.pdf](http://www.trabalho.gov.br/images/Documentos/Aprendizagem/Manual_da_Aprendizagem2017.pdf).> Acesso em: 22 de janeiro de 2020.

Artigos em revistas:

Leão XIII, Encíclicas. *CARTA ENCÍCLICA «RERUM NOVARUM» DO SUMO PONTÍFICE PAPA LEÃO XIII A TODOS OS NOSSOS VENERÁVEIS IRMÃOS, OS PATRIARCAS, PRIMAZES, ARCEBISPOS E BISPOS DO ORBE CATÓLICO, EM GRAÇA E COMUNHÃO COM A SÉ APOSTÓLICA SOBRE A CONDIÇÃO DOS OPERÁRIOS*

Disponível em <http://www.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html>. Acesso em 22 de janeiro de 2020.

Livros:

DALLEGRAVE NETO, José Afonso. **Direito do Trabalho Contemporâneo: flexibilização e efetividade**. São Paulo: LTr, 2003. Página 9.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 16ª ed. Atual., Rio de Janeiro: Forense, 2000, página 404.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 27. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2011, p. 639

NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. **Manual do trabalho do menor**. São Paulo: LTr,2003, página 28, 45,46, 54 e55.

OLIVEIRA, Oris de. **Trabalho e profissionalização do jovem**. São Paulo: LTr,2004, página 36, 41 e 42.

A PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO E SUAS CONSEQUÊNCIAS DURANTE A PANDEMIA DO CORONAVÍRUS

THE PRECARIOUSNESS OF WORK RELATIONS AND ITS CONSEQUENCES DURING CORONAVIRUS PANDEMIC

*Julia Portugal Ferreira Gallo*²³

*Marina de Castro Pessoa*²⁴

*Rodrigo Borges Nicolau*²⁵

RESUMO

Neste artigo pretendemos abordar o que é a precarização do trabalho, como ela foi desenvolvida em função do neoliberalismo em nossa economia atual e suas implicações para os trabalhadores afetados por ela, durante o atual cenário da pandemia do coronavírus.

Palavras-chave: Covid 19, crise econômica pós pandemia do coronavírus, *uberização*, direitos trabalhistas, precarização do trabalho

ABSTRACT

Our aim in this paper is to approach the concept of precariousness of work relations developed in the atual neoliberal economic system and

²³ Graduanda em direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Email: jugallo@usp.br

²⁴ Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Email: marinacpessoa@usp.br

²⁵ Advogado e Mestre em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Email: odrigonicolau13@icloud.com

the consequences it brought to the workers affected by it during the covid 19 pandemic

Keywords: Covid 19, economic crisis after the coronavirus pandemic, precariousness of work, labor law

INTRODUÇÃO

Mesmo que a primeira constituição brasileira a versar sobre os direitos trabalhistas tenha sido a de 1934, foi apenas em 1988 que - através da nova constituição- nós nos consolidamos como um Estado Democrático de Direito. Em tal constituição vem a promessa de combate do preconceito em todos os âmbitos (inclusive no trabalhista), da busca da igualdade, e da valorização da dignidade humana.

Atualmente, nossas instituições democráticas definitivamente encontram-se sob ataque: mesmo que o paradigma do Estado Democrático de Direito determine o direito ao trabalho digno como um direito humano e fundamental, nós vivemos numa era de precarização e instabilidade do trabalho na qual o governo aprova reformas trabalhistas que -claramente- afrontam aos princípios do direito do trabalho em nome de um neoliberalismo que não poderia estar mais alheio em relação à vida humana.

Como se apenas esse cenário já não fosse ruim o bastante, outros elementos aparecem para dificultar ainda mais a vida dos trabalhadores brasileiros: numa sociedade brasileira talvez mais maniqueísta do que nunca - onde até mesmo coisas tão básicas para a garantia da dignidade humana quanto os direitos trabalhistas são postos em cheque- explode a epidemia de uma doença, até então, desconhecida que acaba por jogar a globalização contra si mesma e deixando o mercado mundial em uma crise jamais vista.

Nesse artigo, nós visamos explicar no que consiste a precarização do trabalho, quais precedentes foram responsáveis pela sua concepção, quais seus resultados concretos até o momento -em um cenário interno marcado pelo fenômeno da *uberização*- e como a *uberização* e a precarização do trabalho encontram-se intimamente conectadas.

Esse trabalho também pretende demonstrar como as recentes guinadas neoliberais do governo brasileiro (e as medidas que nascem destas) afrontam à dignidade humana e servem apenas ao capital - sem se preocupar em nada com os trabalhadores em plena pandemia, justamente quando estes estão mais vulneráveis do que nunca.

1 A AMEAÇA NEOLIBERAL À HISTÓRIA E AOS PRINCÍPIOS DO DIREITO TRABALHISTA E O PAPEL DA REFORMA TRABALHISTA NESSE CENÁRIO

No Norte da América e na Europa é após a Primeira Revolução Industrial que o direito do trabalho começa a surgir na forma de algumas leis esparsas²⁶. Sendo que tudo isso dá-se em um cenário de urbanização crescente, com uma desigualdade cada vez mais gritante e aparente aos olhos de uma população (que muitas vezes tinha sido tirada a força de suas terras) e que agora sentia na pele como as relações de trabalho pouco regularizadas lhes eram ruins e desumanas. Desse modo, nos países em que as revoluções industriais deram-se como fenômenos naturais e as suas características foram,

²⁶ Criadas dessa maneira propositalmente pelos legisladores que visavam neutralizar o poder dos sindicatos e movimentos sociais, atendendo apenas às necessidades de grupos específicos para que esses fossem menos tentados a participar, ativamente, de coletivos maiores assim prejudicando os mesmos- que regulavam, por exemplo, o trabalho infantil e o feminino.

pouco a pouco, desdobrando-se para a população, as leis trabalhistas nascem de uma luta sindicalista ativa na qual os trabalhadores, em sua maior parte, tem consciência da importância da regulamentarização das suas condições de trabalho além de uma grande capacidade de mobilização -consequente da articulação dos seus sindicatos.

Em contraste, no Brasil, a CLT²⁷ vem apenas com um Vargas que desejava industrializar o país e que, para tal, importou algumas partes da legislação trabalhista estrangeira enquanto já se adiantava com medidas voltadas para a supressão de poder dos sindicatos e uniões de trabalhadores²⁸. Assim, diferentemente de outras partes do mundo, no Brasil a consolidação das leis trabalhistas não passou de uma concessão de um Estado que não tinha como prioridade o bem-estar do trabalhador e sim os interesses do capital.

Com o passar das décadas desenvolve-se, de fato, uma luta operária no Brasil que começou a advogar pelos interesses da classe trabalhadora no direito do trabalho. Mas, mesmo assim ainda não temos um articulado movimento sindicalista (pelo menos não com a mesma força como ocorrem em outras partes do mundo) e, por isso, várias vezes projetos que deliberadamente prejudicam à população acabam sendo aprovados; não existe um grande poder de mobilização dos trabalhadores (ou sequer um forte sentimento de identificação e irmandade entre os mesmos) no Brasil.

A nova reforma trabalhista é um exemplo desses projetos prejudiciais ao trabalhador que acabaram aprovados; chegando como uma resposta à crise econômica que já deixava marcas na sociedade brasileira há anos, ela decorre de um recente flerte recente da com o

²⁷ Lembrando que a CLT não criou lei nenhuma, apenas consolidou e sistematizou uma série de leis trabalhistas que já eram vigentes.

²⁸ O chamado peleguismo.

neoliberalismo e prometia ser a solução para o desemprego²⁹ - consequência da terceira revolução industrial e responsável por fazer surgir novas formas de organização globalizada da economia, revestindo o trabalho de uma flexibilidade que antes lhe era inexistente (GODINHO DELGADO, 2015) que permite a redução significativa da mão de obra (por isso o aumento do desemprego) e até mesmo o trabalho remoto ou terceirizado. Mas, na prática, a reforma trabalhista teve resultados quase que diametralmente opostos.

Uma pauta conhecidamente presente na agenda neoliberal é a flexibilização das relações de trabalho (e também do mercado, como um todo, com menos interferência estatal possível- inclusive na forma de leis trabalhistas) e na nova reforma não foi diferente: com uma justificativa de que as relações trabalhistas precisam ser “atualizadas” no cenário globalizado atual, ela institui três princípios de proteção ao Capital (liberdade, segurança jurídica e simplificação) invertendo os valores, princípios³⁰ e mecanismos de proteção aos trabalhadores que haviam sido construídos durante décadas. Além disso, aparece também essa pendência para o lado do capital quando a reforma introduz um artigo que determina a superioridade do negociado sobre o legislado³¹ -algo que, sob um olhar desatento, pode parecer consoante com o direito do trabalho por ser (superficialmente) similar ao que prega o princípio da inalterabilidade do contrato *in pejus*, que

²⁹Que, de acordo com o IBGE, na época da aprovação da reforma trabalhista afetava 12,9 milhões de brasileiros no 29º semestre consecutivo de aumento da taxa.

³⁰Inclusive, o princípio que norteia toda a criação do direito do trabalho é justamente o da proteção- que visa a proteção do mais fraco nas relações trabalhistas (o empregado). Algo que é diametralmente oposto a o que a reforma trabalhista propõe.

³¹Esse seria o artigo 611-A, que determina a supremacia das normas provenientes de negociações coletivas sobre as leis que teriam sido editadas pelo Estado.

(fundado no direito civil) determina que o contrato “faz lei”³² entre as partes, porém, destoa gravemente deste, na medida em que, o princípio determina que ambos poderiam apenas compactuar com condições iguais, ou melhores, que o mínimo³³.

Sendo que isso -claramente- é o oposto do procurado pelos defensores da flexibilização. O interesse destes se direciona com base nos desejos do capital, e este deseja o maior lucro possível com o menor gasto imaginável³⁴. Inclusive no referente aos direitos trabalhistas exercidos por aquele empregado em questão: mesmo que o princípio da irrenunciabilidade não admita uma renúncia, por parte do trabalhador, de qualquer direito trabalhista³⁵ é exatamente isso que se deseja (pelo legislador) aqui: com esse foco extremo em uma “negociação” entre patrão e empregado não é difícil de imaginar (numa relação tão desigual quanto essa) quem sairá por cima agora que as leis trabalhistas não mais blindam o trabalhador de certos abusos de poder por parte de seu patrão.

Além de todas essas medidas, ainda há a nova regra referente à terceirização - agora é possível terceirizar um empregado para uma atividade de fim³⁶-por exemplo uma escola terceirizando a

³² Determinado, por exemplo, que as partes não poderiam livremente alterar cláusulas do mesmo durante seu curso. No caso, especificamente, o empregador não poderia alterá-las a seu favor, mas tem a liberdade para conceder mais benefícios a seu empregado - a chamada inalterabilidade contratual lesiva.

³³ Delimitado pelo artigo 444 da CLT.

³⁴ Não é coincidência a quantidade de casos de trabalhadores em condições análogas à escravidão que atualmente vemos no Brasil, e no mundo, a globalização levou a uma concentração tão exacerbada da renda que cada vez mais pessoas são obrigadas a escolher entre aceitar tais condições de trabalho ou alimentar à família.

³⁵ Em tese. Por se tratar de uma norma legal ele é irrenunciável -exceto- por determinação expressa da lei.

³⁶Essa parte da reforma foi tão polêmica que o STF já havia recebido quatro mil ações a contestando quando finalmente declararam que a mesma seria constitucional.

contratação de um professor- ou seja, as empresas passaram a ser capazes a continuar atuando normalmente sem sequer ser responsável pelo cumprimento dos direitos trabalhistas para com seus funcionários diretamente responsáveis pelo seu produto final.

A terceirização dos serviços, essencialmente, implica na precarização das condições de trabalho daquele indivíduo, que tem bem menos estabilidade no emprego³⁷ do que teria caso fosse contratado normalmente. Além disso, no nosso atual cenário de crise política e econômica, vimos também um aumento significativo na informalidade³⁸.

E são justamente essas condições de insegurança empregatícia e informalidade latente que geraram o terreno fértil para o surgimento do fenômeno da *uberização*; originada graças ao modelo de negócios da empresa Uber³⁹, ele dá origem a um novo tipo de trabalhador - os motoristas de aplicativo. Tal modelo proposto pela empresa levanta mundialmente questionamentos referentes à sua regulamentarização, uma vez que, os motoristas de aplicativo atuam em uma área que já existia antes- a dos taxistas- e também no referente ao âmbito trabalhista uma vez que a natureza do trabalho em sua categoria ainda é incerta (MARTINS, 2017). Sem essas definições, os motoristas por aplicativo ficam juridicamente desamparados (algo que, naturalmente, representa uma precarização do serviço oferecido) em

³⁷ Vale lembrar que a estabilidade empregatícia é de suma importância no direito do trabalho, sendo baseada no princípio da continuidade da relação de emprego.

³⁸ Que, de acordo com o IBGE, havia alcançado a assustadora taxa de 41,1% em 2020.

³⁹ Inserido no fenômeno da *sharing economy* em que se propunha o compartilhamento de um veículo por pessoas comuns, com o auxílio da plataforma mas que eventualmente deslocou-se desse fenômeno para direcionar-se mais ao lucro. estabelecendo o aplicativo como o conhecemos hoje em que os motoristas passam a constituir uma nova classe de trabalhadores

um trabalho sem quaisquer limitações ou garantias e que pode lhes levar a violações de seus direitos fundamentais⁴⁰.

2 BREVE ANÁLISE DO PANAROMA SOCIECONÔMICO NO BRASIL ANTERIOR À PANDEMINAA

Primeiramente, para analisar os efeitos da pandemia é imprescindível uma análise mais direcionada da sociedade brasileira nos últimos anos que antecederam o COVID-19, especialmente no que diz respeito às guinadas neoliberais dadas pelo país -que podem, em parte ser sintetizadas pela reforma trabalhista; a PL 6.787/2016 vem em um momento de tremenda instabilidade política e econômica no país onde os ânimos começavam a se aflorar (fomentando a base do maniqueísmo caótico no qual grande parte da população brasileira caiu nos dias de hoje), com uma rápida ascensão da afinidade da população pelos discursos neoliberais que apresentavam-se como verdadeiros Midas da economia.

As manifestações a respeito do aumento no preço dos passes de ônibus em 2014 não eram organizadas por um grupo específico ou defendiam uma ideologia específica. Esse vácuo de poder rapidamente foi tomado por movimentos de direita⁴¹ caracterizados pelo sua grande familiaridade com as mídias digitais. Eles foram

⁴⁰ Por exemplo: embora a CLT (no seu 58º artigo) determine o sistema de 8 horas diárias máximas diárias -com qualquer excedente à esse tempo devendo ser compensado ao trabalhador com o pagamento de horas extras, mesmo que um motorista passe dez, doze horas dirigindo e dando lucro para a Uber ele não receberá um centavo sequer pela extensão das suas horas de serviço.

⁴¹ Que poderiam ser muito bem sintetizados no meteórico MBL, que em questão de anos conseguiu tirar do anonimato jovens que, mesmo sem nenhuma formação acadêmica, passaram a ser referência intelectual para uma porcentagem considerável da população chegando até mesmo ao ponto de elegê-los para cargos políticos.

capazes de, em questão de semanas, levar pautas neoliberais ao conhecimento público e angariar um contingente significativo de seguidores que, a partir daquele momento passaram a defendê-los ferrenhamente.

Porém vale notar que não foram os ideais neoliberais (precisamente) a serem tão largamente propagados; estes foram mascarados como um discurso anti-corrupção onde vendeu-se a mensagem de que uma menor participação do Estado -em *qualquer* âmbito- implicaria em uma diminuição do desvio de verbas. Desse modo, uma parcela significativa da população passou a apoiar medidas como a reforma trabalhista, não enxergando a agenda real - de defesa dos interesses dos grandes empresários- por trás delas e, conseqüentemente, a resistência quando o projeto foi apresentado tomou uma proporção praticamente nula quando comparada com a que teria tido caso todas as pessoas, negativamente, afetadas por ele tivessem consciência do que estava ocorrendo.

Obviamente uma reforma trabalhista era de interesse dos empresários e foi com ela⁴² que consolidou-se o apoio do mercado ao impeachment (DARI KREIN, 2017). A partir desse momento a sentença estava dada: o próximo presidente (que deveria sua cadeira aos empresários) serviria ao capital. Era inevitável que direitos acabassem perdidos e mais inevitável ainda que uma, grande, parcela da população afetada por isso apoiasse tais medidas acreditando estar na verdade se beneficiando delas.

E assim nasceu a reforma trabalhista, invertendo os valores dos direitos trabalhistas -baseados na pretensão da promoção de uma igualdade substancial entre o capital e o trabalho- e tomando o partido dos empresários com a justificativa de uma “modernização das

⁴²Na forma do documento “Ponte para o futuro” redigido pelo PMDB em 2015

relações de trabalho ultrapassadas Brasil”. De fato nós vivemos em uma época de grandes mudanças muito rápidas, e as relações trabalhistas -via de regra- não escapariam das imposições desse cenário, de uma maneira ou de outra haveria alguma alteração nas relações entre empregador e empregado.

Uma dessas outras maneiras onde as relações entre empregador e empregado foram alteradas apareceu com o surgimento de plataformas como a Uber⁴³. Com uma atuação focada no *e-hailing*⁴⁴, seu modelo é composto por três pólos essenciais: o passageiro, o motorista “parceiro” e o aplicativo, a empresa recebe diretamente o pagamento do passageiro para depois destinar parte do valor ao motorista (MARTINS, 2017), ficando assim com um lucro (mais-valia) e, definitivamente, explorando a mão-de-obra do motorista dessa maneira. No mundo inteiro esse modelo de atuação gera questionamentos acerca das condições trabalhistas de seus motoristas, como a empresa afirma não fazer nada -além de fornecer a plataforma para a atuação dos motoristas- atualmente ela se vê isenta de qualquer vínculo trabalhista que pudesse ser alegado entre essas duas partes.

E é nesse contexto que a pandemia se inicia.

⁴³Que, inclusive, dá nome a como está sendo conhecido esse fenômeno: a *uberização*.

⁴⁴Termo cujo significado em inglês é o de solicitar, usando um aparelho tecnológico de comunicação (comumente um celular), um transporte privado.

3 A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO NO BRASIL E SUAS DIVERSAS FACES: *UBERIZAÇÃO*, *TERCEIRIZAÇÃO* E *PEJOTIZAÇÃO*.

Desde bem antes do surgimento do coronavírus, a precarização do trabalho já era epidêmica no Brasil. Sua organização de tarefas é caótica: a precarização do trabalho é marcada por um ritmo frenético que impõe ao trabalhador metas diárias impossíveis de serem cumpridas (em um espaço de tempo tão curto), enquanto intensifica seu controle e gestão do mesmo por meio do medo. É imprescindível para a precarização que haja a ausência de um vínculo trabalhista entre o explorado e quem lucra com seu trabalho -algo diretamente relacionado à supressão dos direitos trabalhistas⁴⁵- nesse contexto tem-se a concepção do “precariado social” que caracteriza os trabalhadores assalariados, ou não registrados, que encontram-se embotados no tecido social -consequente da mundialização⁴⁶ do capital e dos pressupostos neoliberais que regem o mesmo- (Castel, 1998).

Podendo ser sintetizadamente explicado como um processo no qual institucionaliza-se a instabilidade, a precarização do trabalho é marcada pelo crescimento de diferentes formas de precariedade⁴⁷ e de exclusão. Ela é um dos elementos mais essenciais na nova divisão

⁴⁵ Por exemplo: o descanso remunerado, as férias anuais remuneradas, horas extras, alimentação, etc.

⁴⁶ A precarização do trabalho é (essencialmente) uma consequência direta da expansão do capitalismo.

⁴⁷ De acordo com Alves (2007) os conceitos de precariedade e precarização são distintos: a precariedade seria uma condição inerente ao trabalho assalariado enquanto que a precarização constitui-se no processo de reposição e atualização dessas precariedades.

internacional do trabalho⁴⁸, instaurando-se com base na pretensão da redução maciça dos custos de produção consequentes da flexibilização⁴⁹ do trabalho (KONOWALUK SANTOS MACHADO, 2016), a precarização é responsável pela criação de uma nova condição de vulnerabilidade social: as condições de trabalho assalariada (e estável) que por tanto tempo foram hegemônicas⁵⁰ são modificadas (DRUCK, 2011) tornando o trabalho o principal fator de ajustamento na competição internacional.

Assim, baseando-se na competição e busca incessante por maiores lucros, esse cenário acaba por determinar uma redução drástica do emprego estável em favor do trabalho flexível, fluído e concentrado nas periferias⁵¹ o qual engloba a massa trabalhadora em condições mais vulneráveis⁵² e que, conseqüentemente, vê-se obrigada a recorrer a esse tipo de trabalho sem garantias, em busca de uma renda que lhe permita uma vida digna.

Como já mencionado acima, uma das principais atividades a absorver essa mão-de-obra foram as plataformas de trabalho digitais por meio de aplicativos. Com seu marketing baseado no apelo da independência e autonomia para estabelecer seus próprios horários de

⁴⁸ Essa sendo resultante da globalização: um fenômeno responsável por potencializar significativamente a concentração de renda e a pobreza numa escala mundial além de ter aumentado exponencialmente a exploração do mais-valia.

⁴⁹ "A flexibilização do Direito do Trabalho é o conjunto de regras que tem por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica, política ou social existentes na relação entre o capital e o trabalho" (MARTINS, 2000: 25) e sendo ela também instaurada pela precarização do emprego gerando um ciclo vicioso.

⁵⁰ Durante a chamada sociedade salarial ou fordista.

⁵¹ Aqui entendem-se as mesmas como periferias globais: os países de terceiro mundo cujo trabalho é explorado pelos mais desenvolvidos em busca de um maior lucro.

⁵² Por exemplo os trabalhadores a tempo parcial, temporariamente contratados e algumas categorias de trabalhadores autônomos.

trabalho, além da capacidade de “determinar” seus ganhos o que -de acordo com o aplicativo- dependeria somente do tempo trabalhado, essas empresas atraem uma massa existente de trabalhadores em busca de alguma atividade que possa lhes dar uma renda ao mesmo tempo em que, sorrateiramente, lhes transfere todo os custos dessa prestação de serviço (SILVA NASCIMENTO, 2019). Adotou-se, pelo meio acadêmico, a denominação deste novo fenômeno pelo neoeufemismo *uberização*⁵³, definido por Kramer (2017) como o surgimento de uma nova forma de organização do trabalho a partir de avanços tecnológicos.

Dentro do fenômeno da *uberização*, o (possível) vínculo empregatício entre os “parceiros” e as plataformas ainda é debatido em todo o mundo e mostra-se relativamente incerto. No Brasil, especificamente, artigo 3º da CLT determina que: “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”, outrossim temos o artigo (também da CLT) 442-B que dita: “A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação”, assim fica clara a *mens legislatoris* de afastar o sistema de proteção jurídica ao trabalhador previsto na Constituição Federal⁵⁴, na medida em que afasta a possibilidade de reconhecimento de relação empregatícia quando

⁵³ Mesmo denominando o fenômeno, a Uber não é a única plataforma baseada nessa premissa de “parceria” entre os prestadores de serviço e a plataforma através da qual trabalham: empresas como a Airbnb, Rappi, Ifood e 99 Taxi também utilizam-se desse novo modelo de relação trabalhista.

⁵⁴ Vale, inclusive lembrar que os trabalhadores autônomos são historicamente desfavorecidos em relação às leis trabalhistas: até 2004 era a justiça comum, e não a do trabalho, a responsável por julgar casos referentes ao ofício desta classe de trabalhadores.

houver a contratação, nos moldes engendrados, de um trabalhador autônomo (BEZERRA LEITE, 2019). Assim, foi em harmonia com tanto essa decisão quanto com o princípio trabalhista da primazia da realidade⁵⁵ que o TST julgou (por meio Acórdão nº processo nº TST-RR 1000123-89.2017.5.02.0038) que não existe vínculo trabalhista entre os motoristas “parceiros” e as empresas proprietárias das plataformas através da qual exerciam essa atividade remunerada.

Consequentemente, esses trabalhadores inseridos nesse mercado de trabalho por meio das plataformas digitais não têm seus direitos trabalhistas garantidos pela CLT⁵⁶ e estão em uma situação extremamente vulnerável e precária.

Levando em conta o que já foi mencionado anteriormente nesta peça -a respeito das intenções de cerceamento dos direitos trabalhistas pela agenda neoliberal que atualmente guia o nosso país- nada menos surpreendente do que o fato de que trabalhadores de outras áreas também foram afetados pela precarização do trabalho -afinal, ela colide diretamente com os princípios fundamentais que prestigiam tanto a dignidade humana⁵⁷ quanto o valor social do trabalho, uma vez que, a busca do pleno emprego⁵⁸ também constitui um dos princípios da ordem econômica e financeira (CF, arts. 1º, III e IV, e 170, VII).

⁵⁵ Determinado pelo artigo 9º da CLT que declara “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

⁵⁶ Ficando assim sem o acesso de coisas como por exemplo férias, décimo terceiro e FGTS.

⁵⁷ Sendo que o paradigma do Estado Democrático de Direito determina o direito ao trabalho digno como um direito humano e fundamental.

⁵⁸ E não se pode falar em pleno emprego em situações em que este carece de um caráter permanente (algo congruente com o princípio da continuidade, uma vez que, ele determina que o contrato de trabalho -via de regra- deve ter a maior duração possível).

Assim, a reforma trabalhista de 2017 -como já mencionado acima- alterou significativamente a CLT, autorizando a terceirização de qualquer atividade estabelecida dentro do setor privado, incluindo a sua principal⁵⁹. Isso é estabelecido pela Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017:

“**Art. 40-A.** Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.”

Desta forma, muitos trabalhadores que antes eram contratados pela própria empresa passaram a ser terceirizados. O fenômeno da terceirização é baseado na ideia de transferir a responsabilidade a um “terceiro”, deixando este ocupar a posição de empregador e ser responsável pelos encargos e obrigações trabalhistas (MORAES, 2018). A terceirização viabiliza uma rápida reposição de mão-de-obra e também ajuda a diminuir os custos de produção, pois a quantidade de mão-de-obra contratada para prestar o serviço varia dependendo da demanda (MORAES, 2018) .

O tempo médio de duração dos vínculos formais de emprego nas atividades tipicamente terceirizadas foi de 34,1 meses em 2014 enquanto que nas atividades tipicamente contratantes foi de 70, 3 meses (IPEA, 2018). Ademais, via de regra é mais difícil os trabalhadores de empresas que fornecem os serviços terceirizados se sindicalizarem e se organizarem, o que acaba dificultando o surgimento de direitos trabalhistas que advém de negociação coletiva (CAMPOS, 2018).

⁵⁹ Podendo ser também referida como sua “atividade de fim”.

Isso salienta ainda mais o fato do trabalhador ficar em uma situação mais vulnerável quando é terceirizado porém ela segue crescendo pois -cada vez mais- a terceirização torna-se uma parte constitutiva essencial do processo de produção capitalista⁶⁰ (ANTUNES, 2011). A terceirização faz com que os trabalhadores tenham menos estabilidade no emprego e não possuam, no geral, direitos trabalhistas provindos de negociações coletivas da categoria.

Outro fenômeno recente que deixou os trabalhadores mais vulneráveis foi o aumento da incidência da “pejotização”⁶¹. Essa prática exclui o trabalhador desse âmbito de proteção conferido pelo Direito do Trabalho (BARBOSA, 2015). A pejotização faz com que o empregador contrate uma pessoa jurídica -formada, na verdade, apenas por uma pessoa física que cria aquela pessoa jurídica a pedido do empregador- para prestar um determinado serviço e, desta forma, ele não é obrigado a seguir as normas de relação de trabalho prestadas por pessoas físicas estabelecidas pela CLT.

Na prática, o que a pejotização faz é impedir que o trabalhador receba os seus direitos trabalhistas⁶² previstos pela CLT. Isso torna a contratação significativamente mais barata para o empregador, pois ele não precisa arcar com os encargos trabalhistas ou fiscais. Caso o prejudicado da situação resolva entrar na justiça e afirmar que existia, de fato, um vínculo trabalhista naquela situação e que por isso ele teria direito a todos os encargos trabalhistas não pagos, ele provavelmente os conseguirá. Como atesta a vasta jurisprudência no referente à essa

⁶⁰ Sendo que aqui Antunes (2011) reforça como esse processo de produção da sociedade do capital precisa cada vez menos do trabalho estável e tem à sua disposição cada vez mais formas diversificadas de trabalho -seja ele, fragmentado, terceirizado, parcial, informal ou até mesmo inexistente.

⁶¹ Prática fraudulenta que utiliza de um contrato de prestação de serviços para camuflar a relação de emprego.

⁶² Como férias remuneradas, FGTS, décimo terceiro salário, entre outros.

questão, como por exemplo a decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 1 região no processo nº 0011010-83.2015.5.01.0027 (RO);

“RECURSO DA RÉ. CONTRATAÇÃO ATRAVÉS DE PESSOA JURÍDICA. “PEJOTIZAÇÃO”. FRAUDE À RELAÇÃO DE EMPREGO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO CARACTERIZADO. Na contratação de pessoa física, através de uma pessoa jurídica (“pejotização”), para prestar serviços enquadrados na atividade-fim da tomadora, com pessoalidade e subordinação, com o objetivo de frustrar a efetivação de direitos trabalhistas, há clara tentativa de fraude, formando-se o vínculo direto com a ré”.

4 A AGRAVAÇÃO DOS FATORES DISCUTIDOS ACIMA NA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS

A pandemia do coronavírus afetou gravemente a economia do mundo todo, fazendo com que a produção e o consumo caíssem em diversos setores do comércio e da indústria. Dados liberados pelo IBGE mostraram que os efeitos da pandemia, na economia brasileira, já podem ser sentidos no primeiro trimestre de 2020: houve um recuo de 1,5% do PIB⁶³ e o desemprego subiu para 12,2% (atingindo 12,9 milhões de brasileiros) sendo que admite-se também a possibilidade desse cenário ser ainda pior na realidade⁶⁴, uma vez que, para alguém ser considerado um desempregado é necessário que esteja procurando colocação ou que se esteja disponível para trabalhar. Na situação atual -de isolamento social e contágio crescendo exponencialmente- várias pessoas decidiram não procurar emprego até que haver uma

⁶³ De acordo com os dados do Sistema de Contas Nacionais Trimestrais, divulgados pelo IBGE.

⁶⁴ Com o Itaú Unibanco estimando taxas de desemprego de até mesmo 16%.

amenização de tais fatores e assim -ainda- não aparecem nas estatísticas mas, definitivamente, estão desempregadas.

Além disso, segundo um levantamento⁶⁵ recente, cerca de 83% dos trabalhadores estão vulneráveis à redução do emprego ou da renda nesse momento pandêmico.

Os trabalhadores “parceiros” de aplicativos, por exemplo, representam alguns desses trabalhadores afetados pelo coronavírus. Num primeiro momento da epidemia no Brasil, muitos motoristas viram sua renda despencar devido à diminuição⁶⁶ significativa no fluxo de pessoas se locomovendo pela cidades. Sendo que, de acordo com o CEO da Uber -Dara Khosrowshahi-, uso do aplicativo chegou a cair até 70% nas cidades mais afetadas pelo coronavírus.

Os entregadores de aplicativos, por outro lado, embora tenham tido um aumento na demanda do seu serviço, sofrem com o fato de estarem sempre expostos à infecção do novo coronavírus e de não receberem quaisquer auxílios dos aplicativos de entrega para se protegerem (RAMOS, 2020). Justamente por -como já mencionado acima- não ser reconhecido nenhum tipo de vínculo empregatício entre os mesmos e a empresa para a qual prestam seus serviços eles também fazem parte do enorme contingente populacional vulnerável à redução de renda - caso contraíam a COVID-19 enquanto trabalham não poderão contar mais com nenhum tipo de renda advindo da plataforma.

Os trabalhadores submetidos a “Pejotização” também estão sendo gravemente afetados pela pandemia do coronavírus, devido ao fato de não serem empregados⁶⁷ das empresas para as quais prestam

⁶⁵ Realizado por pesquisadores da USP e da Cebrap Um

⁶⁶ Decorrente do isolamento social e da quarentena.

⁶⁷ Como já mencionado acima, esses trabalhadores são contratados como pessoas jurídicas.

serviços, eles ficam totalmente desassistidos quando estas (por estarem fechadas ou funcionando com capacidade limitada) não necessitam mais de seus serviços. Sem o vínculo trabalhista entre essas pessoas e seus empregadores, elas acabam por ficar sem salários ou encargos trabalhistas rescisórios no momento da pandemia⁶⁸.

Muitos médicos, enfermeiros, faxineiros e outros trabalhadores da linha de frente ao combate da Covid-19 são contratados dessa maneira. Assim -como o contrato é de prestação de serviço- caso adoeçam o empregador não é obrigado a continuar lhes pagando, uma vez que, o mesmo não estará mais prestando o serviço. A legalidade da contratação de médicos por meio de pessoas jurídicas foi reconhecida pelo Tribunal Superior do Trabalho no julgamento do processo RR - 10287-83.2013.5.01.0011.

Os trabalhadores terceirizados, embora sejam protegidos pela legislação trabalhista, também se encontram em uma situação de vulnerabilidade -devido ao fato de não serem funcionários da companhia para a qual prestam serviço. É mais fácil (e mais rápido) para as empresas rescindirem o contrato com a empresa que fornece mão-de-obra terceirizado do que demitir um dos seus próprios funcionários. Dessa forma, um dos primeiros cortes efetuados nos gastos das fábricas, lojas e restaurantes, fechados por conta da epidemia do coronavírus, é abrir mão de trabalhadores terceirizados. Isso faz com que as empresas que fornecessem esse serviço passem por dificuldades financeiras e acabem vendo-se obrigadas a demitir uma parcela considerável de seus funcionários.

Além disso, após a revogação do artigo 18 da MP 927/20 (no qual havia sido criada a possibilidade de suspensão do contrato de

⁶⁸ Sendo que, podem entrar na justiça -posteriormente- para serem ressarcidos pelos direitos trabalhistas que deveriam ter recebido durante esse período.

trabalho pela via do contrato individual), o Governo Federal revisitou essa possibilidade na MP 936/20 que, na última terça-feira (dia 16/06), foi aprovada pelo senado.

Essa medida provisória trata de questões como a suspensão do contrato de trabalho e redução de salário durante a pandemia do coronavírus. Embora, em um primeiro momento, possa-se ter a impressão de que essa MP feriria o princípio da irredutibilidade salarial⁶⁹, a verdade é que -fazendo uma interpretação literal do dispositivo constitucional- pode se extrair que, embora o primado ali seja irredutibilidade salarial, reduções podem acontecer em situações excepcionais (e o que seria um exemplo melhor de uma situação excepcional do que uma pandemia, não é?), tendo limites temporais e limites quantitativos determinados⁷⁰.

Mas, mesmo não sendo inconstitucional, essa medida provisória ainda demonstra uma insistência em andar na direção oposta à tomada por outros países⁷¹ que optaram por aliviar as consequências que recaíam em seus trabalhadores com medidas como a suspensão da cobrança das contas dos serviços essenciais. Assim, essa medida provisória é a mais recente prova de que, no Brasil, os interesses do capital continuam sendo postos à frente da vida dos trabalhadores.

⁶⁹ Previsto no artigo 7º inciso VI da Constituição Federal. que dita: “VI- IRREDUTIBILIDADE DO SALÁRIO, SALVO O DISPOSTO EM CONVENÇÃO OU ACORDO COLETIVO”.

⁷⁰ Tais limites estão obedecendo os termos estabelecidos pela MP 936 de 01/04/2000.

⁷¹ Como a França, por exemplo, que suspendeu a cobrança de utilidades como gás, água e eletricidade durante a pandemia -na intenção de auxiliar seus trabalhadores a manterem o mínimo de qualidade de vida durante o isolamento social

CONCLUSÃO

As guinadas neoliberais na economia, e na política brasileira, demonstraram largamente seu completo descaso com a dignidade humana, e aplicaram medidas que acabaram por tornarem o trabalhador cada vez mais vulnerável à exploração desmedida.

Esse descaso com a qualidade de vida e dignidade humana já era evidente desde a aprovação da reforma trabalhista (que cerceou vários direitos dos trabalhadores brasileiros e deixou mais claro do que nunca os interesses da classe política brasileira em servir ao capital e não ao povo) mas ficou ainda mais escancarada na crise econômica -e social- provocada pela pandemia do novo coronavírus, por meio de medidas como o MP 936 que coloca em xeque princípios que servem de base ao direito do trabalho.

Os trabalhadores mais atingidos pela crise econômica causada pela pandemia da Covid-19 foram justamente os que já se encontravam em situações precárias e de baixa seguridade social. Assim, essa população ficou em uma situação ainda mais vulnerável e mais exposta aos perigos, tanto sociais quanto de saúde, causadas pelo novo vírus.

REFERÊNCIAS

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. Curso de Direito do Trabalho 11ª edição. São Paulo. Saraivajur, 2019.

PASSOS, Saionara da Silva; LUPATINI, Márcio. A contrarreforma trabalhista e a precarização das relações de trabalho no Brasil. **Rev. katálysis**, Florianópolis, v. 23, n. 1, p. 132-142, Apr. 2020. Available from <

49802020000100132&lng=en&nrm=iso>. access on 12 June 2020. Epub Feb 27, 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/1982-02592020v23n1p132>.

BARBOSA, Attila Magno e Silva; ORBEM, Juliani Veronezi. “PEJOTIZAÇÃO”:: precarização das relações de trabalho, das relações sociais e das relações humanas. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da Ufsm**, Santa Maria, v. 10, n. 2, p. 839-859, 2015. Trimestral.

ANDRÉ, Robson Gomes; DA SILVA, Rosana Oliveira; NASCIMENTO, Rejane Prevot. “Precário não é, mas eu acho que é escravo”: Análise do Trabalho dos Motoristas da Uber sob o Enfoque da Precarização. **Revista Eletrônica de Ciência Administrativa**, [S.l.], v. 18, n. 1, p. 7-34, jan. 2019. ISSN 1677-7387. Disponível em: <<http://www.periodicosibepes.org.br/index.php/recadm/article/view/2544>>. Acesso em: 12 june 2020. doi:<https://doi.org/10.21529/RECADM.2019001>.

MORAES, Paulo Ricardo Silva de. Terceirização e precarização do trabalho humano. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Porto Alegre, RS, v. 74, n. 4, p. 148-168, out./dez. 2008.

PELATIERI, Patrícia *et al.* TERCEIRIZAÇÃO E PRECARIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO: terceirização e precarização das condições de trabalho. In: BRASIL. IPEA. . **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea)**. Brasil: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (ipea), 2018. p. 11-31. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/8687>. Acesso em: 12 jun. 2020.

CAMPOS, André Gambier. IMPACTOS DA TERCEIRIZAÇÃO SOBRE A REMUNERAÇÃO DOS TRABALHADORES ASSALARIADOS FORMAIS NO BRASIL. **Planejamento e**

Políticas Públicas, Brasil, v. 50, p. 171-209, 2018. Semestral. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8497/1/ppp_n50.pdf. Acesso em: 12 jun. 2020.

Kramer, J. C. (2017). A economia compartilhada e a uberização do trabalho: utopias do nosso tempo. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão nº processo nº TST-RR 1000123-89.2017.5.02.0038.

RAMOS, Valena Ribeiro Garcia. PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19) E A CLASSE TRABALHADORA BRASILEIRA EM XEQUE MATE. **Revista Estudos Libertários**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, p. 6-22, 2020. Semestral. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/estudoslibertarios/article/viewFile/34514/19220>. Acesso em: 12 jun. 2020.

TST - RR: 102878320135010011, Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de julgamento: 13/03/2019, 3 turma, data da publicação: DEJT 15/03/2019

TRT - RO: 0011010-83.2015.5.01.0027, Relator: Maria Aparecida Coutinho Magalhães, Data de julgamento: 24/01/2017, oitava turma, data da publicação: 03/02/2017

MARX, Karl. *O Capital: Crítica da economia política.: livro I: o processo de produção do capital*. São Paulo: Boitempo, 2013.

GODINHO DELGADO, Maurício. *Curso de Direito do Trabalho* 14ª edição. São Paulo: LTr, 2015.

TRONCOSO LEONE, Eugenia. O perfil dos trabalhadores e trabalhadoras na economia informal. Série trabalho decente no Brasil. Brasília: OIT, 2010.

POCHMANN, Marcio. A nova classe do setor de serviços e a uberização da força de trabalho. Revista do Brasil, julho de 2017. Disponível em: <http://www.relats.org/documentos/EATP.EA.Pochman2017.pdf>

MARTINS, Murilo. Análise juslaboratorial da relação de trabalho entre motoristas por aplicativo e a empresa uber: aspectos e consequências sociojurídicos. Revista do direito do trabalho e meio ambiente do trabalho. São Paulo: OCC, 2017.

FONTES, Virgínia. Capitalismo em tempos de uberização: do emprego ao trabalho. Marx e o Marxismo v.5, n.8, jan/jun 2017

MELO DE ARAÚJO. Precarização do trabalho e o processo de derrocada do trabalhador. Cad. psicol. soc. trab. vol.20 no.1 São Paulo jan./jun. 2017

PINTO MARTINS, Sérgio. Direito do trabalho. São Paulo, Atlas 2018.

CASTEL, Robert. As metamorfoses da questão social: Uma crônica do salário. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.

ANTUNES, Ricardo. Os modos de ser da informalidade: rumo a uma nova era da precarização estrutural do trabalho? São Paulo, Revista Serviço Social e Sociedade 2011.

ALVES, Giovanni. Dimensões da reestruturação produtiva: ensaios de sociologia do trabalho. São Paulo: Práxis, 2007.

SENNET, Richard. A corrosão do caráter: as consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo. Rio de Janeiro: Record, 1999.

MACHADO, Fabiane Konowaluk Santos; GIONGO, Carmem Regina e MENDES, Jussara Maria Rosa. Terceirização e Precarização do Trabalho: uma questão de sofrimento social. *Rev. psicol. polít.* [online]. 2016, vol.16, n.36 [citado 2020-06-18], pp. 227-240. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-549X2016000200007&lng=pt&nrm=iso>. ISSN 1519-549X.

ARAUJO, Marley Rosana Melo de; MORAIS, Kátia Regina Santos de. Precarização do trabalho e o processo de derrocada do trabalhador. **Cad. psicol. soc. trab.**, São Paulo , v. 20, n. 1, p. 1-13, 2017 . Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-37172017000100001&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 18 jun. 2020.

Druck, G. (2011). Trabalho, precarização e resistências: novos e velhos desafios? *Caderno CRH*, 24 (1), 37-57.

Kovács, I. (2003). Reestruturação empresarial e emprego. *Perspectiva*, 21 (2), 467-494.

CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO: SURGIMENTO, EVOLUÇÃO E AS LEIS TRABALHISTAS NA ATUALIDADE

CONSOLIDATION OF LABOR LAWS: EMERGENCE, EVOLUTION AND CURRENT LABOR LAWS

*Isabella de Souza Teixeira*⁷²

*Isadora Andréa Santos*⁷³

*Rodrigo Borges Nicolau*⁷⁴

RESUMO

O presente artigo objetiva a análise de transformações ocorridas nos direitos e deveres concentrados na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), ora maximizadoras e ora minimizantes. Para isso, parte-se de uma observação da legislação que antecede sua criação e que, sendo assim, inspirou sua concretização e, posteriormente, sua publicação no contexto em que surge. Por fim, este trabalho relata brevemente as principais alterações na atualidade da legislação trabalhista. Assim, chega-se a conclusão, dialogando com a teoria utilizada neste estudo, que a CLT, desencadeada sob a busca de uma evolução do Brasil mediante o trabalho, desenvolveu-se até o presente por meio de seis elementares ondas de modificações.

Palavras-chave: consolidação das leis trabalhistas, governo Vargas, direito do trabalho, reforma trabalhista.

⁷² Graduanda da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, 4º período.

⁷³ Graduanda da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, 4º período.

⁷⁴ Advogado. Mestre em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Faculdade de Direito Largo São Francisco - USP

ABSTRACT

This article aims to analyze changes in the rights and duties concentrated in the Consolidation of Labor Laws (CLT), sometimes maximizing and sometimes minimizing. For that, it starts from an observation of the legislation that precedes its creation and, therefore, inspired its realization and, later, its publication in the context in which it arises. Finally, this paper briefly reports the main changes in the current labor legislation. Thus, the conclusion is reached, in dialogue with the theory used in this study, that the CLT, triggered under the search for an evolution of Brazil through work, has developed to the present through six elementary waves of modifications.

Keywords: consolidation of labor laws, Vargas government, labor law, labor reform.

INTRODUÇÃO

A figura do trabalhador brasileiro passou por momentos de extrema precarização legislativa e, graças a mobilização da massa, algumas poucas normas foram criadas de maneira esparsa. Contudo, em 1943 surge a CLT, com o objetivo de condensar e assegurar os direitos para esses cidadãos que há tempos estavam em situação de exclusão e segundo plano nos governos anteriores. Sua publicação ocorreu durante a gestão de Getúlio Vargas na qual, contrapondo-se às anteriores, dedicou uma maior atenção aos trabalhadores ao preocupar-se com o desenvolvimento do país por meio do trabalho. A partir de então o trabalho passa a ser visto como a solução da pobreza estrutural do país.

Sendo assim, cientes da importância desse marco legislativo faz-se necessário analisar o contexto mundial e nacional do

surgimento do direito do trabalho e sua influência nas normas pré-existentes à CLT e também na própria.

Posteriormente, observada tal contextualização, este artigo procurará apresentar de forma breve como ocorreu a aplicação da Consolidação das Leis do Trabalho nesses 77 anos de vigência e as alterações sofridas por essa, demonstrando, desse modo, como os governos posteriores comportaram-se diante dessa legislação destinada aos trabalhadores. Ao final, apresentamos sucinta análise sobre a última grande alteração ocorrida e a regulação nos dias atuais

1 EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO MUNDO

O trabalho começou a ser visto como algo próspero a partir da idade moderna pois antes disso, na antiguidade e na idade média, depositavam nele uma valoração de inferioridade, ou seja, era algo reservado para os escravos, pobres e não nobres.

A partir da formação dos estados modernos, ocorre o fortalecimento das rotas comerciais e, com isso, o crescimento do mercado. Essa conjuntura é caracterizada por uma concentração de mão de obra nos centros das cidades que, com o desenvolvimento das fábricas, foi cenário da Revolução Industrial.

Desse modo, o modelo industrial ao tentar atingir a máxima produtividade⁷⁵ no menor período de tempo criou uma cultura de exploração dos trabalhadores, diminuindo os salários, aumentando a jornada de trabalho e expondo-os a péssimas condições de trabalho.

⁷⁵ “A partir desse contexto histórico, a força de trabalho ganhou destaque diante da prosperidade industrial. A intensificação da oferta tornou a mão de obra muito barata e, conseqüentemente, a exploração crescente do proletariado, inclusive do trabalho de mulheres e crianças.” (SOUZA, 2017, p. 11)

Havendo, dessa maneira, uma significativa precariedade na proteção legal.

Segundo Horácio de Senna Pires (apud SOUZA, 2017, p. 15), a Revolução Industrial trouxe com si a “questão social” e a necessidade de exigir medidas legais que organizassem esse fenômeno (VIANA, 2000, p. 887).

Em 1789, a difusão do liberalismo exerce sua influência nessa problemática:

[...] com a Revolução Francesa estabeleceu-se a percepção da igualdade de todos os cidadãos, tanto no âmbito jurídico, como no âmbito político. Esse conceito liberalindividual foi enfatizado através da liberdade contratual e da ausência de intervenção estatal nas relações contratuais, sociais e econômicas (SOUZA, 2017, p. 10).

Posteriormente, Karl Marx e Friedrich Engels com sua obra histórica e fundamental “O Manifesto Comunista”, juntamente com o movimento cartista e a Revolução na França de 1848, influenciaram a consolidação e afirmação do movimento da ação coletiva.

A partir desses acontecimentos, os trabalhadores começaram a apontar reivindicações.

É nesse momento que iniciam as reações contra o Estado Liberal, pois, ao ser pautado na proteção da liberdade e da igualdade, não conseguiu sanar as desigualdades sociais que esse mesmo gerou. Dessa maneira, em decorrência da não intervenção estatal surge uma nova classe social imersa na miséria, em doenças e na falta de informação: o proletariado. Sendo assim, o Direito do Trabalho foi concretizado graças a perseverança dos oprimidos em busca de melhores condições, ou seja, pela luta do trabalhador.

É relevante dizer a importância que teve o documento da Encíclica *Rerum Novarum*⁷⁶, concretizado pelo Papa Leão XIII. Nessa, a figura máxima da igreja católica exigiu dos Estados um posicionamento mais benéfico em relação à regulamentação das relações trabalhistas.

Sendo assim, o início da institucionalização do Direito do Trabalho começa a partir do fim da Primeira Guerra Mundial. Dessa forma, a Constituição Mexicana de 1917, a criação da Organização Internacional do Trabalho - OIT (1919) e a Constituição de Weimar têm grande influência no surgimento de uma proposta de proteção do trabalhador, aliado ao discurso liberal. É importante pontuar que a OIT adota uma visão pluridimensional em relação a isso, com foco nos controles humanitário, político e econômico. Desse modo, por meio desse tripé buscou incentivar os Estados a aplicar o feixe composto pelos princípios fundamentais de proteção do trabalho.

Após a Segunda Guerra Mundial ocorre a constitucionalização do Direito do Trabalho, o que desencadeou o surgimento do Estado Social de Direito⁷⁷. Nesse modelo atribuiu-se ao ente estatal a missão de intervir na ordem econômica e social para buscar a igualdade entre a população.

Pós-1945⁷⁸, surge o Estado Democrático de Direito, novo paradigma constitucional, que se preocupa com a concretização dos direitos fundamentais o valor da dignidade da pessoa humana ganha um papel central nas discussões.

⁷⁶ Posteriormente essa Encíclica também foi utilizada como uma das fontes da CLT do Brasil.

⁷⁷ Também chamado Estado do Bem-Estar, Estado Providência, Estado do Desenvolvimento, Estado Social.

⁷⁸ Surgem as Constituições Democráticas da França, da Itália e da Alemanha, de Portugal e da Espanha.

Portanto, após essa breve contextualização mundial acerca do direito do trabalho, assim como enfatiza Gabriela Neves Delgado, uma análise histórica do sistema capitalista de produção se mostra suficiente para perceber como a orientação econômica vigente em cada paradigma constitucional motivou os contornos do Direito do Trabalho, em alguns momentos contribuindo com suas estruturas básicas de sustentação e em outros desrespeitando essas, conforme aponta Delgado (2008 apud. SOUZA, 2017, p. 16).

2 O DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

A princípio é importante dizer que a legislação trabalhista brasileira surgiu de forma assistemática⁷⁹ e era associada à chamada “questão social”, tendo a sua institucionalização iniciada somente em 1930. Dessa forma, mostra-se relevante analisar a evolução do Direito do Trabalho e os principais marcos legislativos até a instituição da CLT.

Como no país a abolição da escravatura foi tardia, as conquistas em relação ao trabalho também. Portanto, pode-se concluir que a primeira forma de trabalho no Brasil foi o “trabalho escravo”, no qual não existia qualquer tipo de proteção para o escravizado. Sendo assim, a fase embrionária da consolidação dos direitos trabalhistas durou um pouco mais que 4 décadas, de 1888 a 1930.

A primeira norma de proteção trabalhista surgiu para regulamentar o trabalho de menores, Decreto nº 1313 de 1891. Posteriormente, em 1903, cria-se a lei de sindicalização rural e em

⁷⁹ “Ressalte-se que as leis trabalhistas cresceram de forma desordenada. Eram esparsas, de modo que cada profissão tinha uma norma específica – critério que, além de prejudicar muitas outras profissões que ficaram fora da proteção legal, pecava pela falta de sistematização.” (CEZAR, 2012, p. 6)

1907 uma lei que merece enfoque, pois regulava o direito a todas as profissões.

É evidente que com algumas previsões do Código Civil de 1916 foi possível utilizá-las como base para a ulterior legislação trabalhista. Como exemplo o art. 1220, que positivou um prazo máximo de 4 anos para contratos de duração determinada e o art. 1226 que enumera algumas hipóteses de justa causa para rescisão do contrato. Toda essa seção do código, do art. 1216 até o 1236, fala a respeito da locação de serviços.

A Greve Geral de 1917, tal como Código Civil de 1916, através de suas necessárias reivindicações, levou à legislação trabalhista pertinentes questões. Ocorrida em 12 de julho de 1917, a Greve Geral teve a participação de trabalhadores das mais diversas funções da sociedade. Seu contexto de eclosão se deu por um estímulo de anarquistas diante da crise que se instalava no país naquele ano, conforme apresenta Lopreato (2000). Assim, a incitação aos trabalhadores para esses agirem autonomamente contra a exploração que sofriam deu início a uma série de reivindicações entre as quais destaca-se a “jornada de oito horas, semana de cinco dias e meio, fim do trabalho de crianças, restrições à contratação de mulheres e adolescentes, segurança no trabalho, pagamento pontual dos salários, aumento salarial, redução do preço dos aluguéis e do custo dos bens de consumo básicos, respeito ao direito de sindicalização, libertação dos trabalhadores presos durante as greves e recontração de todos os grevistas demitidos” (TOLEDO, 2017).

Posteriormente surgiram as normas que merecem destaque são: Lei n. 4.982⁸⁰, sobre o direito a férias; Decreto n. 16.027, que

⁸⁰ “A Lei 4.982 foi uma das seis primeiras leis no mundo a disciplinar especificamente o direito a férias, assegurando ao trabalhador, anualmente, 15 dias de férias sem prejuízo da remuneração” (CEZAR, 2012)

criou o Conselho Nacional do Trabalho; e Decreto n. 17.934⁸¹, sobre o trabalho de menores.

Assim como supracitado, é a partir de 1930⁸² que a previsão legal a respeito do direito dos trabalhadores ganha mais força e isso ocorre em decorrência da ascensão de Getúlio Vargas ao poder, pós revolução⁸³. Desse modo, aproveitando-se da confusão política que o país se encontrava, em plena crise econômica e política, Vargas utiliza uma política nacionalista e populista na qual a contínua concessão de novos direitos aos trabalhadores fora seu grande sustentáculo. Conforme afirma Gomes (1981), chegava esse governo com o ideal de promoção do homem brasileiro, defesa do desenvolvimento econômico e da paz social do país, a fim de “transformar o homem em cidadão/trabalhador, responsável por sua riqueza individual e também pela riqueza do conjunto da nação”.

⁸¹ “O Decreto n. 17.934, que se constituía em um verdadeiro Código de Menores, possuía capítulo específico sobre o trabalho do menor (Capítulo X), onde se definia: proibição do trabalho para menores de 12 anos e para menores de 14 anos que não tivessem completado instrução primária ou em atividades penosas ou perigosas à saúde e à moralidade; exigência de certificado de aptidão física para admissão de menores; limitação de jornada de 6 horas para menores aprendizes; vedação ao trabalho noturno e obrigatoriedade de remessa periódica de relação de trabalhadores menores.” (CEZAR, 2012, p. 4)

⁸² É com a chegada da década de 30 que o país inicia uma mudança ideológica, pautada na promoção política do trabalho, no qual configura isso como promotor da riqueza e a cidadania, pensamento liberal esse que nunca chegara ao Brasil antes, principalmente devido o regime escravocrata existente.

⁸³ Em 26 de julho daquele mesmo ano, morreria João Pessoa por assassinato em Recife. Sendo candidato a vice-presidência de Getúlio Vargas, a repercussão do ocorrido faz-se presente para além da indignação de sua morte. Aproveitando-se da duvidosa causa da morte do ex-candidato, Vargas apoiou sua campanha na acusação da morte de Pessoa pela oposição, o que aumentou não só suas chances de chegar à presidência, mas também a tensão do país que sofria sob as consequências da Crise de 1929. Em 3 de novembro, desse modo, ocorrera a deposição de Júlio Prestes acarretada pelo golpe liderado por Vargas, o que se insere hoje no evento conhecido como Revolução de 1930

Já em seu primeiro ano na liderança, cria o “Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio”, principal órgão propósitos de inovações na área trabalhista.

O "ministério da Revolução" - como foi chamado por Lindolfo Collor, o primeiro titular da pasta - surgiu para concretizar o projeto do novo regime de interferir sistematicamente no conflito entre capital e trabalho. Até então, no Brasil, as questões relativas ao mundo do trabalho eram tratadas pelo Ministério da Agricultura, sendo na realidade praticamente ignoradas pelo governo (Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil).

No mesmo ano, foi publicado o decreto n. 19482 ao limitar a entrada de estrangeiros em território nacional visando a proteção dos trabalhadores do país. Adiante em 1931, entrou em vigor a famosa Lei dos Dois Terços, que estipulou que todo estabelecimento com mais de três empregados deveria ter no mínimo uma proporção de $\frac{2}{3}$ de brasileiros para $\frac{1}{3}$ de estrangeiros. Ou seja, medidas que foram tomadas pelo governo provisório de Getúlio para a nacionalização do trabalho.

Em 1934 foi promulgada uma nova constituição e com ela vieram avanços⁸⁴ importantes para os trabalhadores. Entre esses avanços está a instituição do salário mínimo, por meio da Lei n. 185, a jornada de trabalho de 8 horas, repouso semanal, férias anuais remuneradas, indenização por dispensa sem justa causa⁸⁵ e os sindicatos e as associações voltaram a ser permitidos em manter um

⁸⁴ “Uma política de valorização do trabalho estaria, portanto, centrada na ideia de que a pobreza era um mal a ser evitado e que a riqueza era um bem comum, isto é, a riqueza devia ter uma função social à qual se subordinariam os interesses particulares dos indivíduos e dos grupos.” (GOMES, 1999, p. 66)

⁸⁵ Lei n. 62, de 5 de junho de 1935.

funcionamento autônomo (STJ, 2014). Outro ato relevante, após a promulgação, foi a criação da Justiça do Trabalho⁸⁶, Decreto-Lei n. 1.237, o qual fixou que os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados seriam dirimidos por esse ente.

Entretanto, essa constituição ficou pouco tempo em vigência pois já em 1937 foi outorgada uma nova, fixando as diretrizes da política social e trabalhista que seria implementada no Estado Novo. Com isso, na Carta de 1937 foram confirmados direitos trabalhistas já fixados na Constituição de 1934, como salário mínimo, férias anuais e descanso semanal, e foi também mantida a Justiça do Trabalho, encarregada de dirimir conflitos entre empregados e empregadores. Mas houve uma alteração importante: o princípio da unicidade sindical foi restabelecido, e apenas os sindicatos legalizados poderiam defender os direitos da categoria que representavam perante o Estado. A greve e o lock-out foram proibidos, pois passaram a ser considerados recursos "anti-sociais, nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional" (CPDOC).

Se observados não somente o contexto de criação da Constituição de 1934, e posteriormente a de 1937, mas também o que levava o Governo Vargas a ser considerado aquele centrado na evolução econômica e social do Brasil, tendo como uma das principais bases a valorização do trabalho como meio para tais, é necessário atentar-se à questão da pobreza como ideia transformada ao longo da história, do Brasil e também do mundo. E essa questão chegou na década de 1930 com o propósito de ser devidamente tratada, sem a ignorância social e a negligência estatal que causaram a instauração

⁸⁶ A Justiça do Trabalho foi inicialmente criada como órgão do Poder Executivo. Com a Constituição de 1946, passou a integrar o Poder Judiciário.

de uma economia precária. Desse modo, os problemas econômicos passaram a ser discutidos também sob a ótica da importância do trabalho.⁸⁷

3 A CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS – CLT

Nesse parâmetro, em 2 de janeiro de 1942, Alexandre Marcondes Filho assumia o cargo de Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio. Ainda durante o mês de sua posse, ocorrera, em conjunto com Getúlio Vargas, o desenvolvimento de suas ideias para a criação de uma Consolidação das Leis do Trabalho e da Previdência Social. Assim, autorizado pelo Presidente, Marcondes Filho, em 29 de janeiro daquele mesmo ano designou uma comissão de dez membros para elaborar o anteprojeto de Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e de Previdência Social, sendo decidido já em primeira reunião a separação de dois projetos distintos: aquele referente ao direito do trabalho e outro que abordasse a Previdência Social.

A elaboração da Consolidação das Leis do Trabalho foi destinada aos procuradores da justiça do trabalho Augusto de Rego Monteiro, Arnaldo Sussekind, Dorval Lacerda e José de Segadas Viana, além de também contar com Oscar Raiva, consultor jurídico do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. Assim, em 5 de novembro de 1942 o anteprojeto fora encaminhado ao Ministério do Trabalho e quatro dias depois fora submetido à apreciação do Presidente Getúlio Vargas. Após eventos posteriores à aprovação da publicação do anteprojeto por Vargas (CEZAR, 2012, p. 19),

⁸⁷ “Uma política de valorização do trabalho estaria, portanto, centrada na ideia de que a pobreza era um mal a ser evitado e que a riqueza era um bem comum, isto é, a riqueza devia ter uma função social à qual se subordinariam os interesses particulares dos indivíduos e dos grupos.” (GOMES, op. cit., p. 66)

ocorreria em primeiro de maio de 1943 a aprovação da CLT pelo Decreto-Lei nº 5.452, o qual fora publicado no Diário Oficial em nove de agosto e entrou em vigor três meses depois⁸⁸.

Tal como ocorreu durante seu processo de criação e promulgação, a CLT entrou em vigor sob vastas críticas referentes à promoção de inovações no ordenamento vigente, “não se atendo aos limites de uma simples consolidação”, como explicita Cezar (2012). Assim, conforme Sussekind (2003), adotou a Comissão da CLT quatro diferentes procedimentos que deram a sua origem, onde o primeiro é referente à sistematização do anteprojeto; o segundo diz respeito a sua compilação, usando da legislação mais recente que foram então adotadas sem alterações, devido à preceitos constitucionais vigentes (SUSSEKIND; MARANHÃO; VIANNA; TEIXEIRA, 2003); o terceiro onde ocorreu a atualização e a complementação de “disposições superadas ou incompletas constantes de decretos legislativos, decretos regulamentares e portarias sobre higiene do trabalho, contrato coletivo de trabalho, inspeção do trabalho e processo de multas administrativas” (CEZAR, 2012); e o quarto, que fora alvo das críticas anteriormente citadas, que referiu-se ao procedimento onde houve a elaboração de normas que foram consideradas indispensáveis ao anteprojeto.

As políticas trazidas pela nova legislação trabalhista como a de promoção e cuidado com a saúde do trabalhador, ou seja, de sua permanência na qualidade de “capacitado para o trabalho”, eram vistas no trabalho da previdência e da assistência sociais, onde diversos seguros se traduziam no intuito de “preservar a saúde do

⁸⁸ “O atraso na publicação oficial da CLT foi motivado pela necessidade de serem prestados diversos esclarecimentos pelo Presidente da República a ponderações e críticas que lhe foram endereçadas por associações e por um Ministro de Estado. As alterações propostas ao projeto definitivo foram todas rejeitadas.” (CEZAR, 2012)

trabalhador, descobrir-lhe as deficiências funcionais, restituir-lhe a capacidade de trabalho, retorná-lo à vida normal, readaptá-lo ao trabalho segundo as suas novas condições orgânicas ou garantir-lhe uma invalidez menos infeliz e uma velhice mais despreocupada” (FIRMEZA, 1942. p. 215). Assim, desenvolvia-se, nesse sentido, a medicina social, originada na Europa a partir do século XIX tendo Bismark como figura central (GOMES, 1981, p. 60), com o intuito de preservar o trabalhador físico e mentalmente, como defende Cavalcanti (CAVALCANTI, 1942, p. 203), através das novas legislações sociais e sanitárias que vinham a se desenvolver.

É importante também compreender que a origem da CLT ocorreu diante de uma política que, como citado no capítulo anterior, buscava a valorização do “trabalho nacional”, a qual deu origem a legislações com fins destinados à questão da imigração e às questões referentes ao êxodo rural, o qual era ocasionado, entre outros motivos, pela ausência de destinação das leis sociais ao campo. Assim, na medida em que essas leis não alcançavam o homem do campo, esse cada vez mais dirigia-se até o ambiente urbano, principalmente dos litorais, como aponta Carvalho⁸⁹. Desse modo, a preocupação com a economia afetada por esse deslocamento da população dos campos para os litorais foi também alvo de atenção do governo durante o período em que a pobreza e o trabalho também se colocavam no pódio de atenção. Ocorria, desse modo, que a ascensão social do trabalho passava a ser vista sob ótica de responsabilidade do governo, levava também ao meio rural o cuidado estatal que era negligente até então.

⁸⁹ “A grande massa dos trabalhadores rurais, privada do progresso dos operários das cidades do litoral, sofreu o influxo tentador de seu deslocamento dos campos e, sendo como é, o esteio da riqueza nacional, seu afastamento contribuiu grandemente para uma queda na economia e no progresso do país, da qual redundaria grave situação no futuro” (CARVALHO, 1941).

A criação do Ministério da Agricultura por Vargas demonstrou, certamente, que esse governo procurou reparar também essa negligência e assim valorizar o trabalho rural e estabelecer o equilíbrio necessário entre esse e aquele visto no meio urbanizado.

Por fim, antes de observarmos como a legislação trabalhista se comportou ao decorrer dos anos após sua origem, cabe destacar ainda neste tópico que, a partir dos direitos trabalhistas já defendidos pela Constituição de 34 e as influências destacadas anteriormente, a CLT trouxe, entre os artigos de regulamentações das relações trabalhistas em sua origem, a obrigatoriedade da Carteira Profissional - criada pelo governo Vargas em 1932 - para qualquer tipo de emprego, “inclusive de natureza rural”, como institui o art. 13, e sua gratuidade, a qual se assegura no art. 20; A duração de no máximo oito horas diárias de trabalho, desde que não seja fixado outro limite, defendida pelo art. 58, tal como os salários referentes ao “trabalho em regime de tempo parcial” e o pagamento de horas suplementares à duração do trabalho semanal normal; A regularização das horas extras no art. 59 e demais questões referentes à jornada de trabalho desse artigo até o 65; E os períodos de descanso vistos originalmente entre os arts. 66 e 72. A CLT de 43 regulamentou ainda medidas preventivas para o empregado e o ambiente de trabalho, como podia-se observar entre os arts. 168 e 200.

Houve ainda a atenção dessa legislação para com questões como a do trabalho para menores de 18, de modo que a CLT instituiu o dever de seus responsáveis legais em prezar pelo seu tempo de estudo e o “tempo de repouso necessário à sua saúde e constituição física”, além da observância se o trabalho pode ou não vir a prejudicar sua educação moral, como apresentado no art. 424. Além disso, a CLT veio a regulamentar questões referentes aos sindicatos, como pode-se observar em seu Título V.

4 AS CINCO ONDAS DE ALTERAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS

Já era esperado que a CLT concretizada no início da década de 1940 fosse alvo de alterações com o passar dos anos, à medida que, com frequência, ocorrem inovações nas relações entre empregado e empregador, e o direito de cada. Sendo assim, este capítulo visa realizar uma sucinta análise acerca das modificações que ela sofreu em seus anos de vigência.

Seguindo o que diz André Gambier Campos no livro *Regulação do Trabalho e Instituições Públicas* (2013), é possível observar cinco ondas de alteração na Consolidação das Leis Trabalhistas. Tendo elas ocorrido, em sequência: no governo de Dutra; na ditadura militar; no período de redemocratização; pós-1988; início do século XXI.

A primeira onda ocorreu em consonância com a promulgação da Constituição de 1946, a qual se opôs a de 1937 e reafirmou alguns princípios presentes na de 1934. Entre os novos direitos assegurados está o repouso remunerado em domingo e feriados, a manutenção da indenização de antiguidades, a integração do seguro contra acidentes de trabalho no sistema da previdência social, a estabilidade de trabalhador rural e o reconhecimento do direito à greve⁹⁰, sendo esse último inscrito no próprio corpo da Carta Constitucional.

Posteriormente, a segunda onda de mudanças deu-se durante a ditadura militar, nessa as práticas sindicais foram severamente

⁹⁰ “Apesar dessa distensão, vale dizer que as normas reguladoras da vida sindical mantiveram-se as mesmas (representação obrigatória dos trabalhadores, organização com unicidade territorial, custeio compulsório pelos trabalhadores, estrutura em níveis federativos etc.), assim como algumas normas pós-1946 descaracterizaram avanços previstos no texto constitucional, como ocorreu com o próprio direito de greve (Decreto-Lei nº 9.070/1946).” (CAMPOS, 2017, p.75) ²⁰ Lei nº 4.330/1964.

reprimidas pelo Estado²⁰. Ademais, surgiu a possibilidade de contratar temporariamente trabalhadores⁹¹ e também a sua subcontratação⁹². Houve também a redução do valor salário mínimo⁹³ e a substituição da estabilidade no emprego por indenização pela demissão⁹⁴, na qual essa última possui relação outra grande modificação ocorrida neste momento: a criação do FGTS - Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Para criar o fundo, foi necessário tornar letra morta dois artigos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT): o que previa ao funcionário indenização de um mês de salário por ano trabalhado, em caso de demissão imotivada, e o que assegurava estabilidade no emprego ao trabalhador do setor privado que completasse dez anos na mesma empresa. Os dois direitos trabalhistas foram substituídos pelo FGTS. As empresas passaram a depositar 8% do salário dos funcionários numa conta individual (FONTENELLE, 2007).

Para Carlos Alberto Reis de Paula (TST, 2014), ex-presidente do Tribunal Superior do Trabalho, essa foi a maior alteração que a CLT teve pois trouxe uma nova relação empregado-empregador.

Algo curioso é que, apesar das repressões ocorridas nesse período, os trabalhadores que não haviam participado anteriormente da articulação da CLT, os domésticos e os rurais, passaram a possuir uma legislação própria assegurando os seus direitos, que foi positivada nas leis de nº 5.859/72 e nº 5.889/73, regulando matérias referentes ao contrato, jornada, intervalo, remuneração, indenização por demissão, entre outros.

⁹¹ Lei nº 6.019/1974.

⁹² Decreto-Lei nº 200/1967, Lei nº 5.645/1970 e Lei nº 7.102/1983.

⁹³ Lei nº 4.725/1965.

⁹⁴ Lei nº 5.107/1966.

Ainda na segunda onda, uma inovação que merece posição de destaque são as 37 Normas Regulamentadoras (NRs) que estão em vigor até os dias atuais, dado a tamanha importância delas. Essas normas referem-se à segurança e medicina do trabalho, positivando tanto em relação ao urbano quanto ao rural, e são de observância obrigatória pelas empresas privadas, públicas e também pelos órgãos públicos.

Já a terceira onda de modificações iniciou-se com o fim do período militar em 1985, ou seja, no momento de redemocratização política do país. Com a nova Constituição⁹⁵ de 1988 foi inscrito em seu texto vários direitos e garantias previstos na CLT e também inseriu-se novos como: a licença paternidade e ampliação da licença maternidade; a remuneração acrescida de adicional, como exemplo o de penosidade, e ampliação do adicional de horas extraordinárias; o aviso prévio à demissão, proporcional e com número mínimo de dias, bem como ampliação da multa por demissão sem justa causa; a redução da jornada semanal de trabalho e a estabilidade no emprego em determinadas circunstâncias (CAMPOS, 2013, p. 76).

Vale ressaltar que essa constituição criou mecanismos que possibilitaram a organização de uma rede de apoio para desempregados e também reforçou a legitimidade do poder da Justiça do Trabalho, em seu §2 do art. 114.

Para Campos, a quarta onda teve início pós-1988, estendendo-se por todo a década de 1990, e foi como uma forma de reação à Carta, ao passo que várias normas foram elaboradas pelo Estado minimizando o alcance dos direitos recém promulgados. Nesse

⁹⁵ “Em termos de direitos e garantias, a Constituição igualou diversos tipos de trabalhadores, antes diferenciados pelas normas laborais, urbanos e os rurais, assim como permanentes e avulsos (apenas os domésticos continuaram com diferenças de tratamento).” (CAMPOS, 2013, p.76)

sentido destacam-se a Lei nº 9.601/98 que ampliou as possibilidades de trabalho por prazo indeterminado e também previu a compensação anual de jornadas. A lei nº 8.949/94 facilitou a terceirização por meio de cooperativas. Ocorreu também algumas limitações à inspeção laboral e também houve uma reforma na jurisdição trabalhista.

Note-se que estas últimas normas, traduzidas em reformas da atuação da justiça, podem ser analisadas de forma ambivalente, pois nem sempre resultaram em minimização de direitos dos trabalhadores, e por vezes significaram uma tentativa de aprimorar as garantias com que estes deveriam contar (CAMPOS, 2013).

E, por fim, a quinta onda que teve tanto maximização quanto minimizações em relação ao alcance dos direitos. Essa iniciou-se no começo do século XXI e como exemplo de maximização, a princípio, é relevância atentar para a emenda constitucional nº 45/2004 que modernizou e ampliou a competência da justiça laboral, o que favoreceu a efetividade de sua atuação. Ademais, também temos a lei nº 11.382/2011 que estabeleceu diversas medidas para a valorização do salário mínimo, a Lei 11.788/2008 que alterou a norma em relação aos estagiários, aumentado a proteção legal. Já no quesito minimização, têm-se as leis nº 11.196/2005 e nº11.442/2007 que permitiram a prestação de serviço sem o enquadramento laboral. Há também a Lei nº 11.603 que aumentou a possibilidade de trabalhos em dias que antes eram vedados, como feriados.

Após o exposto, contudo, é necessário observar que a data de publicação do livro em questão é anterior a chamada Reforma Trabalhista, sendo assim, em decorrência da grande importância dessa, atualmente é possível dizer que, na verdade, ocorreram seis ondas de alterações na CLT. E a última será o principal objeto de análise do tópico a seguir.

5 A CLT NA ATUALIDADE: UMA BREVE ANÁLISE

Seria possível por meio deste artigo fazer uma análise temporal baseada em algum espaço de tempo que abordasse de maneira mais atual a aplicação da Consolidação das Leis do Trabalho. Contudo, certamente que o evento mais atual e relevante no que tange a discussão da CLT na contemporaneidade está ligado à Lei no 13.467, de 13 de julho de 2017, a qual se conhece por “Reforma Trabalhista”.

Originalmente, a Reforma Trabalhista contava com apenas algumas alterações em algumas dezenas de artigos da CLT, porém, o projeto acaba por ser aprovado pela Câmara com 55 páginas de alterações, revogações e criação de mais de cem artigos referentes à Consolidação das Leis do Trabalho.

Nesse seguimento, introduz Carvalho (2017, p. 82) que um dos pontos a se notar na Reforma Trabalhista é a lógica que esta legislação busca atribuir à venda da mercadoria da força de trabalho, a qual atribuía-se, até então, à uma relação entre pessoas, o que a Lei nº 13,467/2017 coloca, por outro lado, como sendo uma relação entre coisas.

Já no que se refere a introdução de novos artigos na CLT, destaca-se o art. 611-A que traz a prevalência de contratos coletivos sobre a lei, flexibilizando dispositivos referentes à jornada de trabalho e remuneração. Nesse sentido, o artigo retira da Justiça do Trabalho (JT) a necessidade de observação do conteúdo dos contratos, tal como se esses apresentam apenas questões restritivas aos direitos do trabalhador, o que antes poderia acarretar nulidade do contrato. Nesse momento, passa a caber à JT unicamente a observação das “conformidades de elementos juridicamente formais” (CARVALHO, 2017, p. 83), o que também se observa no parágrafo único do art. 611-

B que tende a evitar que a JT anule contratos coletivos com jornadas de trabalho excessivas, o que entra em conformidade com a flexibilização possibilidade pelo art. 611-A.

Cria-se também, por meio da Reforma, o chamado “trabalho intermitente”, expresso no art. 443 que estabelece ser intermitente

[...] o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.⁹⁶

A regulamentação deste novo tipo de contrato é encontrada vagamente no art. 452A, principalmente se tratamento do período de inatividade e atividade deste tipo de trabalho.

O que se tem, nesse sentido, é a afirmação do parágrafo quinto deste artigo que “liberta” o trabalhador que estiver inativo para prestar serviços para empregador distinto daquele com quem mantinha atividade anteriormente.

Tem-se, desse modo, uma analogia à mercadoria da força de trabalho presente durante a Revolução Industrial, por exemplo, quando a força de trabalho era remunerada quando “alugada” e não procurava-se dar atenção às necessidades do trabalhador quando fora do período de aluguel desta força de trabalho. Assim, a legislação acaba por reforçar a precarização do trabalho, ainda mais quando dispõe artigos como o 442-B onde se veda a possibilidade de se formar vínculo empregatício com o trabalhador na qualidade de autônomo (CARVALHO, 2017, p. 87).

⁹⁶ Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.

Observa-se ainda alterações na rescisão do contrato de trabalho, possíveis de serem observadas no art. 477. Alterações essas que geraram diversas críticas por possibilitarem descumprimento de obrigações trabalhistas e ainda diminuição do valor realmente devido em um Plano de Demissão Voluntária (PDV). Outrossim, traz o art. 510 regulamentação referente à representação de empregados dentro da empresa, havendo, desse modo, uma busca por valorização da negociação coletiva no ambiente de trabalho e, em decorrência disso, a descentralização das decisões referentes à tais negociações.

De maneira geral, vê-se a Reforma Trabalhista preocupar-se com a questão de representação dos trabalhadores dentro das empresas, mas tendo falha na questão de reparação de pontos formalizados na legislação que interferem fortemente na relação de barganha entre trabalhadores e empregadores (CARVALHO, 2017, p. 89). Ocorre ainda, através da legislação reformista a quebra da obrigação de contribuição aos sindicatos, o que também pode vir a gerar a precarização do trabalho, indo de encontro a uma diminuição de produtividade. Chega-se assim, através de conclusão observada de Anelli e Santarem (2019), que o princípio da proteção pouco pode ser observado com a Reforma Trabalhista, haja visto que houve considerável diminuição na assistência da Justiça do Trabalho à figura do trabalhador e uma flexibilização na legislação que poderia vir a também acarretar problemáticas a esse trabalhador que sempre fora explorado como se observa pelos fatos históricos que se conhece no mundo.

Em 2020, a mudança na legislação trabalhista acaba por se concentrar em um debate sobre a carteira de trabalho virtual, debate esse que gira em torno da questão do regime de contratação do mercado nacional, e do controle dos salários e cargos estabelecidos aos funcionários. Demais questões são fortemente abordadas no ano

atual, principalmente quando trata-se da Medida Provisória 905/2019 – revogada pela MP 955 de 2020 – do governo de Jair Bolsonaro, medida essa responsável por trazer o “Contrato de Trabalho Verde e Amarelo”⁹⁷, também a possibilidade de seguir com jornada de trabalho estendida aos sábados e domingos e, além disso, institui a MP a possibilidade de cobrança de contribuição previdenciária por parte do trabalhador que recebe seguro-desemprego.

CONCLUSÃO

Em virtude do que foi expresso no presente artigo, torna-se evidente que as alterações realizadas ao passar dos anos na CLT foram ambíguas, tendo ocorrido tanto maximizações como também minimizações dos direitos. Entretanto, é necessário pontuar que, assim como diz Gabriela Delgado, os princípios do direito do trabalho deve sempre prevalecer, realizando, dessa forma, uma conexão com a dignidade humana à medida que estabelece uma tutela jurídica sob as relações de emprego. Ou seja, é seu dever criar normas que protejam o trabalhador e que proíbam a mercantilização do trabalho humano, conforme aponta Delgado (2008 apud SOUZA, 2017, p. 16).

Consequente, ressalta-se a importância do reconhecimento de origem da CLT em um contexto de promoção política de uma ideologia pautada na luta contra a pobreza do país. Ideologia essa fundada na busca do Governo Vargas pelo desenvolvimento do Brasil através da força de trabalho que, naquele momento, era amparada como nunca antes pelas novas legislações.

⁹⁷ “[...] modalidade de contratação destinada à criação de novos postos de trabalho para as pessoas entre dezoito e vinte e nove anos de idade, para fins de registro do primeiro emprego em Carteira de Trabalho e Previdência Social” (BRASIL, 2019).

Cabe pontuar que o impacto das alterações, revogações e criações de novas normas referentes à CLT mais recentes, principalmente com a Reforma Trabalhista de 2017, ocorreu de forma não tão positiva. O acolhimento da Lei 13.467/2017 veio acompanhado de críticas pertinentes no que tange a proteção do trabalhador, o que decorreu-se de uma flexibilização não cuidadosa, por parte do legislador, que designa ao trabalhador seguir carregando o peso da exploração e precariedade destinadas a ele pelos contratantes, como fez durante toda a sua história. Desse modo, vê-se nesse sentido um regresso significativo na legislação trabalhista no que diz respeito o princípio da proteção do trabalhador.

REFERÊNCIAS

A Era Vargas: dos anos 20 a 1945. CPDOC, FGV - Centro de Pesquisa e

Documentação de História Contemporânea do Brasil, Rio de Janeiro. Disponível em:

<<https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos30-37/PoliticaSocial/MinisterioTrabalho>>. Acesso em: 8 de jun. 2020.

ABREU, Alzira Alves de. **Revolução de 1930.** Disponível em:

<<https://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/verbetes/primeira-republica/REVOLU%C3%87%C3%83O%20DE%201930.pdf>>.

Acesso em: 04 de jun. 2020.

ANELLI, João. SANTAREM, Vinícius. **O Princípio da Proteção e a Reforma Trabalhista.** Revista Científica Eletrônica do Curso de Direito – ISSN: 2358-8551 15ª Edição Janeiro de 2019 – Periódicos Semestral. Disponível em:

<http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/13Wylt9r1Y02SUm_2019-228-14-43-58.pdf>. Acesso em: 05 de jun. 2020.

BRASIL. **Constituição (1934)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 15 de julho de 1934.

_____. Decreto Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. **Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, 1967.

_____. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. **Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)**. Diário Oficial da União, Brasília, 2017.

_____. Lei nº 4.330, de 1 de junho de 1964. **Regula o direito de greve, na forma do art. 158, da Constituição Federal**. Diário Oficial da União, Brasília, 1964.

_____. Lei nº 4.725, de 13 de julho de 1965. **Estabelece normas para o processo dos dissídios coletivos, e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, 1965.

_____. Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966. **Cria o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, 1966.

_____. Lei nº 52, de 5 de junho de 1935. **Assegura ao empregado da industria ou do commercio uma indenização quando não exista prazo estipulado para a terminação do respectivo contracto de trabalho e quando for despedido sem justa causa, e dá outras providencias**. Diário Oficial da União, 1945.

_____. Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.** Diário Oficial da União, 1943.

_____. Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970. **Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências.** Diário Oficial da União, Brasília, 1970.

_____. Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. **Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências.** Diário Oficial da União, Brasília, 1974.

_____. Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983. **Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências.** Diário Oficial da União, Brasília, 1983.

_____. **Medida Provisória nº 905**, de 11 de novembro de 2019. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 de nov. 2019

_____. **Medida Provisória nº 955**, de 20 de abril de 2020. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Especial CLT 70 anos. 2014.** Disponível em:
<<https://www.youtube.com/watch?v=K6wufJc-kSI>>. Acesso em: 10 de jun. 2020.

CAMPOS, André Gambier. **Regulação do Trabalho e Instituições Públicas.** 2013.

CARVALHO, Péricles de Melo. **A concretização da Marcha para o Oeste**. Cultura Política. 16, out. 1941

CARVALHO, Sandro Sacchet de. **Uma Visão Geral Sobre a Reforma Trabalhista**. 2017. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8130/1/bmt_63_viss%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 05 de jun. 2020.

CAVALVANTI, Alberto de Lira. **Higiene mental e trabalho**. Cultura Política (17), jul.1942.

CEZAR, Francisco Gonçalves. **O Processo de Elaboração da CLT: histórico da consolidação das leis trabalhistas brasileiras em 1943**. Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros. 2012. p. 19. Disponível em: <<http://institutoprocesus.com.br/2012/wp-content/uploads/2012/07/3%C2%BA-artigoFrederico-Gon%C3%A7alves.pdf>>. Acesso em: 04 de jun. 2020.

FIGUEIREDO, Paulo Augusto de. **O Estado Nacional e a valorização do homem brasileiro**. Cultura Política (28), jun. 1943.

FIRMEZA, Hugo. **A medicina social do trabalhador no Estado Nacional**. Cultura Política (17), jul. 1942.

FONTENELLE, André. **Em 1967 FGTS Substituiu Estabilidade no Emprego**. Agência Senado. 2017 Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/05/05/em-1967-fgts-substituiuestabilidade-no-emprego#:~:text=O%20FGTS%20foi%20concebido%20em,financiar%20a%20constru%C3%A7%C3%A3o%20de%20im%C3%B3veis>>. Acesso em: 14 de jun. 2020.

GOMES, Ângela de Castro. **Ideologia e Trabalho no Estado Novo**. Versão revista e ampliada do texto publicado no livro Estado Novo: ideologia e poder. Rio de Janeiro, Zahar, 1981. p. 53. Disponível em: <https://cpdoc.fgv.br/producao_intelectual/arq/142.pdf>. Acesso em: 04 de jun. 2020.

LOPREATO, Christina Roquette. **O espírito da revolta: a greve geral anarquista de 1917**. São Paulo: Annablume, 2000.

OLIVEIRA, Leonardo Vidal. **Mudanças na Legislação Trabalhista: um estudo comparativo após a Lei Nº 13.467/2017 e a MP Nº 808/2017**. Disponível em: <<http://dSPACE.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/15062/1/PDF%20%20Leonardo%20Vidal%20Oliveira.pdf>>. Acesso em: 8 de jun. 2020.

PANDOLFI, D. C.; GRZYNSZPAN, M. **Da Revolução de 30 ao Golpe de 37: a depuração da elite**. Revista de Sociologia e Política nº 9, 1997.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Saiba o que é o Estado Social de Direito**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2019/06/19/estado-social-de-direito/>> Acesso em: 9 de jun. 2020

REPENSANDO o Estado Novo. Organizadora: Dulce Pandolfi. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getulio Vargas, 1999.

ROSSINI, G. A. A. **Crise de 1929**. Disponível em: <<https://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/verbetes/primeirarepublica/CRISE%20DE%201929.pdf>>. Acesso em: 04 de jun. 2020.

SOUZA, Francisco Igor Silva Ferreira de. **A Reforma Trabalhista: Impactos da lei. 13.467/2017 sobre o princípio da proteção**. 2017.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Delio; VIANNA, Segadas.; TEIXEIRA, João de Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2003.

TOLEDO, Edilene. **Um ano extraordinário: greves, revoltas e circulação de ideias no Brasil em 1917**. Disponível em:

<https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010321862017000200497#aff1>. Acesso em: 04 de jun. 2020.

VIANA, Márcio Túlio. **A proteção social do trabalhador no mundo globalizado - o Direito do Trabalho no limiar do século XXI**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2000.

VISCARDI, Cláudia. **O teatro das oligarquias: uma revisão da “política do café com leite”**. Belo Horizonte: Fino Traço, 2012.

A ANÁLISE DE PENDÊNCIAS TRABALHISTAS NO MEIO DESPORTIVO: ENTENDENDO COMO O ATLETA SE TORNA TRABALHADOR

THE ANALYSIS OF PENDING WORK IN THE SPORTS ENVIRONMENT: UNDERSTANDING HOW THE ATHLETE BECOMES A WORKER

*Natália Marques Abramides Brasil*⁹⁸

*Eduardo de Casto Amadio*⁹⁹

*Pedro de Melo Schaefer*¹⁰⁰

RESUMO'

Este artigo apresenta uma discussão acerca do Direito Trabalhista dentro do Direito Desportivo, considerando a evolução de ambas as áreas de estudo com o passar dos anos e analisando as diferenças entre ambas as legislações. Estuda a aquisição de direitos para os atletas profissionais através de reformas legislativas, abarcando o período da primeira lei regulamentária decretada do Direito Desportivo até o decreto da Lei Pelé, lei regulatória mais recente. Além disso, utiliza da análise de casos para entender a jurisprudência referente a esse

⁹⁸ Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). E-mail: nabramides@gmail.com.

⁹⁹ Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). E-mail: eduardo.amadio@usp.br

¹⁰⁰ Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). E-mail: pedromschaefer@usp.br

assunto. Por fim, busca concluir se a legislação trabalhista desportiva é suficiente para a proteção dos atletas.

Palavras-chave: Direito Trabalhista, CLT, Direito Desportivo, Remuneração.

ABSTRACT

This article presents a discussion about Labor Law within Sports Law, considering the evolution of both areas of study over the years and analyzing the differences between both legislations. It studies the acquisition of rights for professional athletes through legislative reforms, covering the period of the first regulatory law enacted in Sports Law until the decree of the Pelé Law, the most recent regulatory law. In addition, it uses case analysis to understand the jurisprudence on this subject. Finally, it seeks to conclude whether the sports labor legislation is sufficient for the protection of athletes.

Keywords: Labor Law, CLT, Sports Law, Remuneration

INTRODUÇÃO

O futebol é um dos esportes mais praticado do mundo. Seja na Europa, Ásia ou América, é impossível não encontrar um país que esse esporte não esteja entre os mais populares. Campeonatos relacionados a esse esporte movimentam bilhões e têm uma audiência gigantesca, fazendo parte diária dos momentos de lazer de torcedores. E, no centro de toda a popularidade, estão os jogadores.

Eles são os principais personagens para a existência da prática esportiva, e, conseqüentemente, colhem os frutos de anos se dedicando à treinamentos. Os salários exorbitantes e a fama fazem parte da vida dos atletas que atingiram a elite e constroem um objetivo concreto para vários indivíduos. Milhões de crianças brasileiras

sonham em se tornar o próximo Lionel Messi, Neymar ou Cristiano Ronaldo ou talvez a próxima Marta, Megan Rapinoe ou Carli Lloyd.

Portanto, não é um exagero dizer que ser jogador de futebol é uma das profissões mais cobiçadas em âmbito nacional. E, como todo atleta, tem uma série de direitos trabalhistas que devem ser respeitados e cumpridos. Porém, a legislação dessa área nem sempre protegeu seus trabalhadores e, ainda hoje, nem todos os direitos são cumpridos.

O presente artigo tem como finalidade apresentar as relações de trabalho no meio do desporto propondo uma discussão entre as características da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e a Lei 9.615/98 (Lei Pelé). Trata-se da articulação entre os direitos de trabalhadores subordinados à CLT e os atletas que possuem um meio distinto de legislação trabalhista.

Em 1939, Sílvio Lima, professor universitário e investigador pioneiro da área da psicologia em Portugal, produzia seu texto “Desportismo Profissional”. Em sua obra o autor faz a seguinte pergunta: “Pode o desporto tornar-se uma profissão?”, atualmente esta pergunta fora respondida, visto que os desportistas possuem até mesmo uma lei própria que regulamente suas atividades trabalhistas. O que contrasta com a opinião do autor na época em que sua obra fora produzida: “O desporto não é uma profissão; é um *otium cum dignitate*¹⁰¹, um lazer bem aplicado”.

É certo que o desporto passou por um longo processo de mercantilização e profissionalização, com valores altíssimos de investimentos, prova disso é a recente marca do atleta futebolista Cristiano Ronaldo que alcançou a marca de bilionário mesmo durante a pandemia, se tornando o terceiro esportista a conseguir acumular um

¹⁰¹ “Descanso com dignidade”. Expressão de Cícero aplicada aos letrados de seu tempo que dispunham de recursos para levar uma velhice inteiramente dedicada aos livros.

bilhão de dólares junto do ex-boxeador Floyd Mayweather e o golfista Tiger Woods.

Com isso, é estabelecida a importância do entendimento da mercantilização do desporto, passando do amadorismo para o profissionalismo e se tornando de fato uma profissão que consta com até mesmo com sindicatos no Brasil.

A discussão neste artigo levará em consideração doutrinas de especialistas nos assuntos de Direito Trabalhista e Direito Desportivo apresentadas, principalmente na sessão de introdução teórica. Também exibirá argumentos de profissionais que trabalham na área desportiva de clubes e jurisprudências utilizadas em julgamentos de casos práticos.

É um assunto presente no dia a dia da população, o entretenimento através do desporto faz com que questões trabalhistas desta área se tornem cada vez mais presentes na mídia, como no caso analisado no presente artigo do ex-jogador do Corinthians, Paulo André.

O trabalho apresentará as pautas exibidas por cada uma das partes e a decisão tomada pelo órgão julgador.

1 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS

A CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) é o dispositivo de ordem máxima que rege as relações entre empregados e empregadores em âmbito nacional, ela traz artigos que estabelecem até trabalhos efetuados por menores de idade como em séries e filmes. No entanto, o atleta profissional é regido pela Lei 9.615/98, a chamada Lei Pelé.

Para traçar um paralelo entre o meio trabalhista desportista com o dos trabalhadores comuns, deve-se entender as principais características do trabalho efetuado pelos atletas. Com isso em mente,

o trabalho noturno é algo que recorrentemente pode acontecer na vida dos atletas devido à maioria dos jogos acontecerem fora de horário comercial para arrecadar maior público.

É caracterizado como trabalho noturno no art. 73, § 2º, da CLT:

“Salvo nos casos de revezamento semanal ou quinzenal, o trabalho noturno terá remuneração superior à do diurno e, para esse efeito, sua remuneração terá um acréscimo de 20% (vinte por cento), pelo menos, sobre a hora diurna.

§ 2º Considera-se noturno, para os efeitos deste artigo, o trabalho executado entre as 22 horas de um dia e as 5 horas do dia seguinte.”

Uma informação relevante é a de que o inciso IX do art. 7º da Constituição Federal¹⁰² já prevê remuneração superior para trabalhos noturnos em todos os cenários, tornando o *caput* do artigo 73 da CLT ineficaz por desconsiderar as hipóteses de revezamento semanal ou quinzenal.

Para trabalhos que sejam efetuados durante horários mistos (aqueles que abrangem períodos diurnos e noturnos) serão aplicadas remunerações baseadas em atividades noturnas. Tal remuneração deve ser superior a dos trabalhos efetuados durante o período diurno, tendo um acréscimo de pelo menos 20% sobre a hora diurna.

É importante ressaltar que o acréscimo será calculado dependendo da norma coletiva, no caso em que não haja previsão nesse sentido, seguirá o mínimo legal. No caso de empresas que não possuem trabalho noturno habitual o acréscimo será feito visando a quantia paga para trabalhos diurnos de natureza semelhante. Já no caso de empresas em que o trabalho noturno decorra da natureza de

¹⁰² “IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;”

suas atividades como vigilantes noturnos, o acréscimo será calculado sobre o salário mínimo geral vigente na região.

Outro tema relevante para a discussão são os períodos de descanso, previstos na seção III da CLT. Há duas formas de descanso remunerado (além do intervalo intrajornada); o descanso entre jornadas diárias previsto no art. 66: “Art. 66 - Entre 2 (duas) jornadas de trabalho haverá um período mínimo de 11 (onze) horas consecutivas para descanso.”

E o descanso semanal remunerado, estabelecido pelo art. 67:

“Art. 67 - Será assegurado a todo empregado um descanso semanal de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas, o qual, salvo motivo de conveniência pública ou necessidade imperiosa do serviço, deverá coincidir com o domingo, no todo ou em parte.

Parágrafo único. Nos serviços que exijam trabalho aos domingos, com exceção quanto aos elencos teatrais, será estabelecida escala de revezamento, mensalmente organizada e constando de quadro sujeito à fiscalização.”

As duas formas de descanso se diferenciam no que tange a remuneração, o descanso diário entre as jornadas é um direito dos trabalhadores para que consigam recuperar suas energias e cuidar de afazeres pessoais, já o descanso semanal, além de ser um direito também garante remuneração para o trabalhador.

O descanso semanal deve ser efetuado preferencialmente aos domingos, em outros dias da semana somente por exigências técnicas. O cálculo da remuneração dos dias de repouso semanal é apresentado no art. 7º da própria lei que rege o tema (Lei 605/1949¹⁰³), em que são

¹⁰³ Lei do descanso semanal remunerado e do pagamento de salário nos dias de feriados civis e religiosos.

dispostas diversas categorias e as respectivas remunerações indicadas para se calcular o valor final do descanso semanal.

As faltas ao serviço somente poderão ser utilizadas como excludente do pagamento do repouso semanal quando não forem justificadas¹⁰⁴.

2 DAS NORMAS GERAIS SOBRE DESPORTO

A primeira lei positivada acerca da área do Direito Desportivo foi Decreto-Lei nº 3.199 estabelecido em 1941, ou seja, ainda anterior à Consolidação das Leis Trabalhistas. Esse decreto instituiu a criação da já extinto Conselho Nacional de Desportos (CND), órgão que foi firmado como a última instância do esporte brasileiro pela Lei nº 6.251/1975, sendo responsável pela regulamentação de todos os esportes no Brasil e nenhuma federação poderia determinar questões jurídicas sem o aval da CND, conseqüentemente, não possuíam nenhuma autonomia.

É a CND que decretou, através da Lei nº 6.269/1975, a profissionalização dos atletas. A lei foi criada por pressão da Federação das Associações de Atletas Profissionais (FAAP), uma espécie de sindicato para essa classe social. Nessa mesma Lei foi criado o Fundo de Assistência ao Atleta Profissional cujo objetivo era estabelecer uma assistência educacional e social do atleta profissional.

¹⁰⁴ Os motivos justificados legalmente são os seguintes: I — aqueles reunidos no art. 473 desta Consolidação. O inciso XIX do art. 7º da CF institui a licença paternidade; segundo o § 2º do art. 10 das Disposições Constitucionais Transitórias terá essa licença duração de 5 dias, mas silenciou quanto a sua remuneração. II — Consoante o art. 822, desta Consolidação, as testemunhas não sofrem desconto pelas faltas ao serviço ocasionadas pelo seu comparecimento para depor como testemunha. Regra idêntica é agasalhada no parágrafo único do art. 419, do Código de Processo Civil. III — A falta ao serviço por motivo de acidente do trabalho. IV — A doença do empregado devidamente comprovada.

Já a Lei N° 6.354/1976 considerou pela primeira vez o jogador profissional como empregado como disposto no Artigo 2°:

“O artigo 2°: Considera-se empregado, para os efeitos desta Lei, o atleta que praticar o futebol, sob a subordinação de empregador, como tal definido no artigo 1° mediante remuneração e contrato, na forma do artigo seguinte.”

A redemocratização do país teve uma mudança jurídica importante em todo país, inclusive na área de direito desportivo. O artigo 24 da Constituição Federal de 1988 torna a atual legislação do país a primeira constituição com competência para legislar acerca do desporto como disposto no inciso IX:

“Art. 24 – Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...)

IX - educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação; (...)

§ 1° – No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.”

Além disso, o artigo 217 da CF/1988 garante os direitos do atleta profissional e seu tratamento diferenciado em relação aos atletas amadores e a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.

Em 1993 o CND foi extinto e o Congresso Nacional promulgou a Lei N° 8.672, popularmente conhecida como Lei Zico. O inciso 2 do Artigo 22 desta lei aplicou as normas gerais das leis trabalhistas e de seguridade social ao atleta profissional com algumas ressalvas, conforme disposto: “§2° Aplicam-se ao atleta profissional as normas gerais da legislação trabalhista e da seguridade social, ressalvadas as peculiaridades expressas nesta lei ou integrantes do contrato de trabalho respectivo.”

Porém, ela continuava permitindo um aspecto que já fazia parte da discussão jurídica mundial do direito desportivo, o passe. O passe é definido na mesma lei que foi reconhecido o atleta profissional como empregado pelo artigo 11:

“Art. 11 Entende-se por passe a importância devida por um empregador a outro, pela cessão do atleta durante a vigência do contrato ou depois de seu término, observadas as normas desportivas pertinentes.”

Esse instituto era visto como uma garantia para os clubes na formação de atletas, impedindo que ele se transferisse assim que acendesse ao time profissional, sendo justificado como ressarcimento do investimento do clube na formação do atleta e por muitas vezes os atletas pertenciam de fato ao clube, não podendo deixar a instituição nem nos casos de salários atrasados. Desta forma, era permitido que o clube controlasse o futuro do jogador, pois este só poderia ser transferido para outro clube com a cessão do passe.

Além disso, o art. 7º dessa lei previa a obrigatoriedade dos atletas de participar das concentrações sem direito a qualquer hora extra e permanecendo à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens.

“O artigo 7º: O atleta será obrigado a concentrar-se, se convier ao empregador, por prazo não superior a 3 (três) dias por semana, desde que esteja programada qualquer competição amistosa ou oficial, e ficar à disposição do empregado quando da realização de competição fora da localidade onde tenha sua sede.”

Os jogadores não poderiam se transferir mesmo com salários e direitos de imagem atrasados ou em casos de direitos estabelecidos pela CLT sendo transgredidos, ou seja, não é exagero afirmar que os jogadores eram uma espécie de escravos modernos do clube,

principalmente de clubes menos expressivos no cenário futebolístico nacional.

A solução veio de um caso na Europa. Em 1990, o jogador de futebol belga Jean-Marc Bosman chegava ao fim do contrato com o clube RFC Liège, sendo que uma proposta de renovação de contrato foi realizada, mas diminuindo seu salário em 75% do original. Como essa proposta claramente não satisfazia os anseios do jogador, ele foi acionado pelo clube Dunkerque, que atuava na segunda divisão francesa. Porém, o RFC Liège só permitiria a transferência no valor de 600 mil euros, impedindo que a negociação com o clube francês seguisse adiante.

Sendo findo o contrato, o clube se encontrou livre da obrigação de remunerar o jogador que não seria transferido até algum clube estivesse disposto a pagar o valor que o Liège pedia. Bosman não recebia salário e estava relegado a esperar que seu futuro fosse decidido pela mesma instituição que o colocava nessa situação e, portanto, decidiu requerer a justiça. Em 1995, 5 anos após o início do processo, o Tribunal de Justiça da União Europeia deu ganho de causa ao jogador e instituiu a Lei Bosman, excluindo o passe da legislação desportiva continental.

No ano de 1998, a Lei Bosman teve reflexos dentro do cenário nacional. O Ministério Extraordinário do Esporte decretou a Lei 9.615/1998, conhecida popularmente como Lei Pelé em homenagem a um dos maiores defensores do fim do passe e ministro do esporte da época. Essa lei revogou tanto a Lei Zico quanto a Lei N° 6.354/1976, remodelando às regulamentações trabalhistas dentro do esporte.

A Lei Pelé foi instituída com a finalidade de dar mais transparência e profissionalismo ao esporte no Brasil, substituindo a Lei Zico. Enquanto a última era sugestiva, a primeira possuía caráter mandatário.

Com a nova lei foram estabelecidos novos preceitos como a transformação dos clubes em empresas, o que facilita no entendimento das questões trabalhistas entre atletas e dirigentes. Além disso a nova lei também revogou a situação do domínio do passe dos atletas pelos clubes, gerando melhores condições trabalhistas para os atletas que não mais necessitavam da aprovação ou não do clube para negociações, no entanto criou-se a ideia de que os atletas se tornariam reféns dos empresários particulares.

Em regra, as relações entre empregados e empregadores pautadas pela CLT não se aplicam aos desportistas. Porém a CLT ainda pode incidir sobre o contrato de jogador e sobre a aplicação subsidiária da previdência geral se houver omissão na Lei 9.615 e não houver incompatibilidade com a própria atividade desportiva, visto que os atletas são considerados trabalhadores perante ao clube, empresa, subordinado ao contrato formal de trabalho firmado entre as partes¹⁰⁵.

A remuneração dos desportistas profissionais em âmbito nacional é pactuada em contrato formal de trabalho entre o atleta e a instituição esportiva. O contrato trabalhista entre o desportista e entidade possui semelhanças e diferenças com a maioria dos acordos firmados entre empregadores e empregados, tem característica formal (necessidade de ser pactuado por escrito) e solene (necessita registro na entidade de administração competente).

Hoje o desportista também detém direitos de trabalhadores ordinários como o direito a FGTS, férias e até mesmo 13º salário, porém a legislação brasileira prevê, na Constituição Federal, jornada legal de até 44 horas semanais e hoje, um clube brasileiro de futebol

¹⁰⁵ Inteligência do parágrafo único, I, do art. 3º da CLT: “Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

faz, em média 70 jogos por temporada. Somando o tempo dos jogos, os treinamentos e a concentração, o jogador brasileiro trabalha em média 78 horas semanais.

Um fator relevante para o meio desportivo e com raízes trabalhistas está na concentração dos atletas e a condicional de horas extras e adicionais noturnos. A concentração é uma maneira de clausura em que os desportistas estão submetidos antes de partidas oficiais, com premissa de descanso, alimentação regrada e foco no jogo a ser disputado.

Com isso, a jurisprudência brasileira encontra-se dividida entre o pagamento ou não de horas extras em casos de atletas em concentração¹⁰⁶. Para a defesa do pagamento de horas extras o magistrado alega que não há compensação de horário à disposição do empregador por parte do atleta, fazendo com que o mesmo tenha que estar sempre pronto para poder defender o clube independentemente do horário.

A antiga legislação brasileira, mais precisamente no art. 7º da Lei nº 6.354/76, previa a obrigatoriedade dos atletas de participar das concentrações sem direito a qualquer hora extra e permanecendo à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens. A revogação dessa lei permitiu que os atletas empregados passassem a

¹⁰⁶ Horas extras. Jogador de futebol. É devido o pagamento de horas extras ao jogador de futebol, por todo o período que ficou na concentração, sem compensação de horário à disposição do empregador. (TRT – PR. – 9ª REGIÃO – AC. N.º 236/82 – RO N.º 1079/81 – REL. JUIZ INDALÉCIO GOMES – J. SESSÃO DE 18.02.82 E DJPR 26.02.82)

Jogador de futebol. Horas extras. A concentração do jogador de futebol é uma característica especial do contrato de trabalho do atleta profissional, não se admitindo o deferimento de horas extras neste período (unanimidade). (TRT – PB – 13ª REG. – PROC. RO N.º 783/88 – REL. JUIZ PAULO MONTENEGRO PIRES – PUBL. DJ PB DE 05.01.89). (TST – 1ª T. – PROC. RR N.º 7.782/84 – REL. MIN. FERNANDO FRANCO – DJ 243/85)

ter mais direitos em relação a seus clubes, abrindo a possibilidade de pedir remuneração de horas extras trabalhadas por concentração.

Desta forma, a legislação trabalhista desportiva deve cumprir todos os parâmetros já instituídos pela Consolidação das Leis do Trabalho. Entretanto, deve também dispor de mecanismos jurídicos que respeitem as peculiaridades dessa classe trabalhista, protegendo-os do abuso econômico, físico e mental dos empregadores.

3 DOS CASOS PRÁTICOS

Analisando a jurisprudência utilizada em questões trabalhistas no meio do esporte, podemos perceber na maioria dos casos analisados a procedência nos pedidos dos atletas perante seus clubes, seja por adicionais noturnos, descanso semanal remunerado ou adicional de horas extras por jogos ou concentração. Portanto, esse foi um dos critérios utilizados para a escolha dos casos.

Outro critério foi a publicidade dos atletas em questão. Todos eles faziam parte de elencos de times da elite do esporte disputado, sendo o Club de Regatas Vasco da Gama, o São Paulo Futebol Clube e o Sport Club Corinthians Paulista. Dessa forma, esses casos são os mais próximos à realidade brasileira, pois são clubes com uma grande exposição midiática e grandes torcidas.

O processo 0056800-79.2003.5.01.0005, traz a disputa entre o atleta de basquete Joélcio Joerke como apelante e seu clube como apelado. Na esfera desportiva profissional, as partidas são realizadas fora do horário comercial para arrecadar maior público, com isso muitas partidas acabam ultrapassando o horário das 22 horas devido a possíveis prorrogações no jogo.

O juiz da sentença em primeira instância indeferiu a pretensão de hora extra noturna sob o fundamento de que o autor, por ser um atleta de alto rendimento, “tem todo o tempo destinado ao treinamento integrando sua rotina”.

Contudo em nova decisão, o posicionamento tomado pelos julgadores foi diverso ao da sentença, sob julgamento de que o fato de trabalho do atleta acontecer em horário noturno, mesmo que algo intrínseco à profissão, não afasta o direito ao adicional noturno. Como também acontece nas carreias como vigias e vigilantes, em que mesmo sendo algo inerente à profissão, estes profissionais são normalmente remunerados com adicionais noturnos e adoção da hora noturna reduzida¹⁰⁷.

A alegação de que a Lei Pelé, que dispõe sobre as relações de trabalho no meio desportivo, não prevê o pagamento de adicionais noturnos fora posposto pois mesmo que esta lei possua caráter especial, o adicional noturno ganhou um *status* constitucional pois está previsto no inciso IX, do art. 7º da Constituição Federal.

Também analisado o caso do jogador de futebol Maicon em um processo trabalhista contra seu ex-clubes São Paulo, o caso foi sentenciado em segunda instância, mas ainda cabe recurso da parte do clube. A Justiça entendeu que o clube deixou de pagar as verbas referentes à adicional noturno e atividades aos domingos e feriados.

Além disso, o autor também acusou o clube de não arcar integralmente com as custas de horas extras por concentração do atleta. Porém o pagamento das horas extras por concentração fora indeferido.

¹⁰⁷ A hora trabalhada durante período noturno é adotada como 52 minutos e 30 segundos.

Outro caso notório analisado foi o do ex-jogador de futebol Paulo André contra seu ex-clubes Corinthians, processo nº 1001661-52.2014.5.02.0607 do Tribunal Regional do Trabalho. Nele, o recorrente averba no não pagamento devido de remuneração por descanso semanal, de forma que a instituição deveria pagar todas as contas pendentes ao desportista em até um dia útil após a rescisão do contrato trabalhista entre as partes, gerando uma multa prevista no art. 477, §8º da CLT.

O reclamante argumenta que não possuía folgas nos dias seguintes aos jogos realizados¹⁰⁸ às quartas, domingos e até feriados; constituindo assim o pagamento devido por jornada dobrada por trabalhar durante folgas.

Ao fim do processo, o relator julga procedente em parte a ação, prevendo pagamento de multas pela mora na quitação de dívidas prevista no art. 477, §8º da CLT, pagamento dobrado pelos dias trabalhados sem descanso (em que o atleta foi comprovadamente escalado para as partidas).

De acordo com informações da CBF¹⁰⁹, existem cerca de 30.784 jogadores registrados no Brasil. Cerca de 82% dos jogadores no Brasil recebem 2 salários mínimos e somente 2% desses jogadores recebem mais que 12,4 mil reais por mês de salário. No caso do ex-atleta Paulo André que atuava como titular em um dos clubes com maior renda do país, o valor pelo qual o Corinthians foi condenado a pagar chega a R\$750 mil devido a correções monetárias e outras custas não relacionadas a questões trabalhistas.

¹⁰⁸ Direito garantido pela CLT e pela Lei Pelé.

¹⁰⁹ Confederação Brasileira de Futebol.

CONCLUSÃO

Como demonstrado ao decorrer do artigo, o desporto brasileiro está diretamente interligado ao direito trabalhista. Muitas das mudanças que profissionalizaram o meio desportivo são recentes, o que torna estas questões dinâmicas, pois até 1998 era possível argumentar que os atletas de alto nível não eram reconhecidos como trabalhadores.

O profissionalismo do desporto foi um processo longo na história brasileira e ainda há caminhos para se trilhar.

Hoje, o desenvolvimento do Direito do Trabalho no meio desportivo está bem consolidado se comparado com anos passados, mas não completamente finalizado. As diferentes correntes de pensamento sobre os adicionais noturnos nos casos de partidas feitas nesse período comprovam isso, de modo que a jurisprudência brasileira encontra dificuldades em estabelecer um padrão.

É certo que a grande maioria dos atletas profissionais recebem salários baixos de seus clubes, portanto qualquer que seja o aparato disponível, seja adicional noturno ou jornada dobrada, é válido para que sejam devidamente remunerados por seus trabalhos prestados.

Porém devido à desinformação por grande parte dos atletas, aqueles que realmente utilizam dos meios judiciais pertencem à grande minoria que recebe altos salários. Isso pode gerar descontentamento perante a população, gerando pensamentos generalistas de que todos os atletas recebem altos valores de salários e mais ainda por remuneração indevida por adicionais trabalhistas. Mas na realidade, estes aparatos estão dispostos nas leis para protegerem a parte fraca (atleta/trabalhador) nos casos de clubes pequenos que muitas vezes não efetuam o pagamento devido aos seus atletas.

O necessário para o futuro do país nesse contexto seria a criação de mais leis ou artigos que especifiquem completamente a realidade dos atletas no meio trabalhista pois a Lei Geral do Desporto (Lei Pelé) não consegue abranger de maneira completa todo o conteúdo trabalhista, tendo que recorrer muitas vezes para a CLT ou até mesmo para a Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

AMADO, João Leal. *Desporto, profissão, trabalho*. Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB-SP. 10ª ed. São Paulo. 2012.

BELMONTE, Alexandre Agra. *Direito Desportivo, Justiça Desportiva e principais aspectos jurídico-trabalhistas da relação de trabalho do atleta profissional*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, Rio de Janeiro, v. 21, n. 47, p. 77-97, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. *Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho*. Lex: coletânea de legislação: edição federal, São Paulo, v. 7, 1943.

BRASIL. *Lei Federal, nº 9.615, de 24 de março de 1998. Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências*. Brasília, DF. 1998.

BRUNORO, José Carlos e AFIF, Antonio. *Futebol 100% Profissional*. São Paulo. 1997. Editora Gente.

CRA-RJ. *Legislação Desportiva no Brasil*. Youtube. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=k4sXgyL3tig>>. Acesso em: 11 de jun. 2020.

KRIEGER, Marcílio. *Lei Pelé e legislação desportiva anotadas*. Rio de Janeiro: Forense. 1999.

RAMOS, Rafael Teixeira. *Direito Desportivo Trabalhista*, Ed. Quartier Latin, 2010.

SAAD, Eduardo Gabriel. *CLT Comentada*. 37ª ed. São Paulo. Editora São Paulo. Fevereiro, 2004.

SCHMITT, Paulo Marcos. *Código Brasileiro de Justiça Desportiva Comentado*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

Tribunal Regional do Trabalho 23ª Região. *Nova Lei Pelé Parte 02 - Trabalho em Revista 162*. Youtube. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=m2efZginikU>>. Acesso em: 11 de jun. 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Normas que regem trabalho de jogadores de futebol abrangem peculiaridades da profissão*. 22 de jun. de 2018. Disponível em: <[TV JUSTIÇA OFICIAL. *Direitos Jogadores \(22/06/15\)*. Youtube. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=WtoZrOtEicQ>>. Acesso em: 11 de jun. 2020.](http://www.tst.jus.br/noticias//asset_publisher/89Dk/content/id/24604445/pop_up#:~:text=O%20jogador%20de%20futebol%2C%20como,%2C%20conhecida%20como%20Lei%20Pel%C3%A9.&text=%22No%20trabalho%20dos%20atletas%2C%20n%C3%A3o,limite%20semanal%20de%2044%20horas.>>. Acesso em: 28 de mai. 2020.</p>
</div>
<div data-bbox=)

TV SENADO. *Cidadania – Lei Pelé – Bloco 1*. Youtube. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=fq5uDrJ9xCh>>. Acesso em: 11 de jun. 2020.

TV SENADO. *Jornalismo - Mudanças na Lei Pelé – Bloco 1*. Youtube. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=gLVhjENF4S4>>. Acesso em: 11 de jun. 2020.

ZAINAGUI, Domingos Sávio. *Os atletas Profissionais de Futebol no Direito do Trabalho*. Ed. São Paulo: LTr, 1999.

**O CONSENTIMENTO PARA O
MONITORAMENTO
NA RELAÇÃO DE TRABALHO À LUZ DA LGPD**

***CONSENT FOR MONITORING
IN THE WORKING RELATIONSHIP IN THE LIGHT
OF THE LGPD***

*Marina Pereira Diniz¹¹⁰
Renan Fernandes Duarte¹¹¹*

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo a análise do consentimento do titular de dados para o monitoramento do trabalhador à luz da Lei nº 13.709/2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados. Assim, o presente estudo visa responder se o consentimento fornecido pelo trabalhador seria uma carta branca nessa relação e se haveria algum limite para tanto, principalmente visando o monitoramento do empregador. Desse modo, buscou-se, a partir do método da revisão bibliográfica, o estudo de fundamentos, princípios e direitos previstos na lei, e da caracterização do consentimento como base legal para o tratamento de dados pessoais, estruturar de que modo se daria o conflito em uma relação de trabalho entre o fornecimento do consentimento e o poder diretivo do empregador. Como conclusão, o estudo indica que o mero consentimento por parte do trabalhador não aparenta ser o suficiente para que o empregador exerça seu poder diretivo e, conseqüentemente, de monitoramento, principalmente pela disparidade de recursos entre as partes em uma relação de trabalho.

¹¹⁰ Bacharela em Direito pela UNESP. E-mail: mrnpdnz@gmail.com

¹¹¹ Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da USP. E-mail: renanfduarte@usp.br

Palavras-chave: relação trabalhista. poder diretivo. LGPD. consentimento.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the data subject's consent for monitoring the worker in the light of Law No. 13,709 / 2018, known as the General Data Protection Law. Thus, the present study aims to answer whether the consent provided by the worker would be a *carte blanche* in this relationship and if there would be any limit to that, mainly aimed at monitoring the employer. Thus, from the bibliographic review method, the study of fundamentals, principles and rights provided for in the law, and the characterization of consent as a legal basis for the treatment of personal data, is sought to structure how it would conflict in a working relationship between the provision of consent and the employer's directive power. In conclusion, the study indicates that the mere consent on the part of the worker does not appear to be enough for the employer to exercise his directive and, consequently, monitoring power, mainly due to the disparity of resources between the parties in a working relationship.

Keywords: working relationship. directive power. GDPL. consent.

INTRODUÇÃO

É extremamente comum que muitas empresas guardem dados de colaboradores, clientes e fornecedores em suas bases de dados, em detrimento de arquivos físicos, devido ao grande volume das informações. A digitalização de informações e os avanços tecnológicos trouxeram uma grande carga de conveniência no dia a dia, e acabou por modificar a dinâmica de relações interpessoais e sociais concomitantemente.

A partir do momento em que tecnologias da informação se tornaram insumos de mudanças, o sistema capitalista passou por um

importante processo de reestruturação. O foco na inovação tecnológica e a transformação organizacional trouxe no mundo do trabalho em primeiro lugar problemas como a substituição de trabalhadores por máquinas e o decorrente desaparecimento de postos de trabalho. Posteriormente, vieram novos modelos de negócios.

Na *atual* sociedade da informação, o coração dos modelos de negócios que se utilizam em algum grau da tecnologia depende fundamentalmente de ter em mãos o máximo possível sobre todos os usuários, inclusive as informações que os caracterizam, para compreensão do seu comportamento. Isso se deve à necessidade de empresas customizarem seus bens ou serviços que ofertam a consumidores com vistas a aumentar as vendas e, conseqüentemente, seus lucros.

Contudo, o desenvolvimento de novas tecnologias acabou por afetar não apenas os consumidores finais dos produtos ou serviços, como também aqueles envolvidos na cadeia de produção destes - os trabalhadores. Para a compreensão do comportamento de seus próprios colaboradores, e para além da automatização de tarefas rotineiras, o que se observou foi o aumento da possibilidade de a gestão empresarial monitorar cada vez mais as atividades laborais.

Assim, em nome de elevados níveis de produtividade e inovação, para além de excesso de trabalho e ausência do direito à desconexão, surgiram problemas como a coleta sistemática de dados no mundo do trabalho e invasão de privacidade em decorrência do monitoramento eletrônico.

Se de um lado o uso da tecnologia pode ser melhor para aumentar a produtividade dos empregados, por outro, cria novos desafios à privacidade e à proteção de dados. Nesse caso, muitas vezes é preciso buscar o equilíbrio entre o interesse do empregador - não apenas para a proteção de suas atividades, como também na

continuidade e no aprimoramento do seu negócio - e a expectativa de proteção da privacidade do empregado.

Ainda que o titular dos dados pessoais seja muitas vezes aqui referido como empregado, não há restrição do escopo de proteção a demais trabalhadores. Neste trabalho, cujo foco é o tratamento de dados pessoais do empregado durante a execução do contrato de trabalho, a metodologia inclui utilização do método de abordagem predominantemente dedutivo, em que se buscou, através da análise doutrinária geral, a construção de um modelo. Quanto ao método de procedimento, ressalta-se que a utilização da pesquisa bibliográfica, por meio da análise interpretativa das diversas teses, livros e ensaios que foram lidos para a confecção do presente estudo.

1 LEI Nº 13.709/2018 (LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS)

Enquanto o presente trabalho foca na Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), é importante lembrar que anteriormente à LGPD, já havia a previsão no ordenamento jurídico brasileiro de certa proteção de dados pessoais do trabalhadores.

Ainda que ausente um marco constitucional expresso para a proteção de dados pessoais, os elementos que até então permitiam essa proteção ao trabalhador vinham da Constituição Federal, que em seu art. 5º, inciso X, estabelece serem invioláveis a intimidade e a vida privada, do Código Civil, que no art. 21 dispõe que a vida privada é inviolável.

Ademais, cumpre consignar outras normas tratam dos direitos de personalidade dos trabalhadores. Dentre elas, pode-se citar a vedações previstas na Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995, que proíbe

práticas discriminatórias para a admissão ou a permanência da relação de trabalho, e as proibições trazidas pela Lei nº 9.799, de 26 de maio de 1999, das quais pode-se inferir a limitação da coleta e uso de dados para as atividades ainda em fase pré-contratual.

Importante ressaltar também a existência de Convenções da OIT nesse sentido, como a nº 189, que trata especificamente do trabalho doméstico, e que já falava sobre a proteção de dados ao prever que sistemas exames médicos relacionados ao trabalho respeitem o princípio da confidencialidade dos dados pessoais e a garantia da privacidade dos trabalhadores domésticos.

Assim, como o Direito brasileiro tem agora um marco legal explícito para a proteção de dados pessoais, e a entrada em vigência da Lei nº 13.709/2018 está próxima, o tema está novamente em foco, sendo relevante hoje discutir seus impactos também no contexto laboral.

Ao conferir às pessoas o controle sobre seus dados pessoais - definidos na lei como a “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”, de acordo com o seu art. 5º, inciso I -, incluindo a exigência de transparência sobre como, por quem e para que são utilizados, a Lei Geral de Proteção de Dados é verdadeira ferramenta para proteção de direitos fundamentais do titular.

A Lei nº 13.709/2018 impacta diretamente diversos ramos do ordenamento jurídico brasileiro. Seu artigo terceiro deixa claro que ela se aplica a qualquer atividade de tratamento realizado por pessoa natural ou jurídica de direito público ou privado que o faça em território nacional. Ou seja, ela é aplicada a todas as empresas, independentemente de seu porte ou da sua atividade exercida.

Por esse motivo, mesmo que a LGPD não seja voltada especificamente para o tratamento de dados pessoais no contexto laboral, ela não exclui as relações jurídicas trabalhistas de seu âmbito

de incidência. Porque a seara trabalhista abre um amplo leque de possibilidades de coleta de informações do trabalhador, como em entrevistas, testes, exames médicos, controle da atuação ou desempenho, e este não sabe até em que medida seu empregador conhece as informações sobre sua pessoa, a proteção do titular é fundamental nesse contexto.

Além disso, agrava a situação o fato de o desenvolvimento de novas tecnologias e novos métodos de processamento dessas informações não alteraram essa situação. Pelo contrário: como os meios eletrônicos são vistos como ferramentas de trabalho ou meios de produção, o avanço da tecnologia fez com que houvesse uma exploração massiva dos dados pessoais, levando o titular a uma maior vulnerabilidade.

Para o presente artigo, são estudados e abordados com maior profundidade os principais pontos da Lei Geral de Proteção de Dados pertinentes ao estudo.

1.1 Consentimento

Como requisito para o tratamento, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais prevê, no artigo 7º, inciso I, o fornecimento de consentimento pelo titular (BRASIL, 2018). Isto é, somente poderão proceder à realização da atividade de tratamento se o usuário consentir.

Insta consignar que o consentimento não é a única razão que autoriza o tratamento de dados, mas apenas uma das hipóteses. Ainda assim, a linha mestra para o tratamento de dados pessoais é permissão pelo titular. Por caber ao titular a autorização para o uso dos seus dados pessoais, para Bioni (2019, p. 134), “o consentimento não deixou de ser o seu vetor principal”.

De fato, da interpretação dos demais dispositivos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais conclui-se que há carga principiológica que eleva a carga participativa do indivíduo no controle do fluxo de dados e que há diversos dispositivos que visam “concretizar, orientar, e, em última análise, reforçar o controle dos dados pessoais por meio do consentimento” (BIONI, 2019, p. 135).

Exemplo disso é a utilização de diversos adjetivos para caracterizar o consentimento do titular, legitimando o tratamento, ao longo das disposições normativas:

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

XII - consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada (BRASIL, 2018).

Na criação do vínculo jurídico, faz-se então necessário que o consentimento seja adjetivado por diversos termos, como inequívoco – vez que não se consente no vazio e de forma genérica – informado e livre, dos quais decorre a necessária comunicação prévia sobre a finalidade do tratamento de dados (BIONI, 2019, p. 134). Além disso, há a disposição da Lei nº 13.709/2018, em seu artigo 8º, § 3º, sobre a vedação do tratamento de dados mediante o vício do consentimento (BRASIL, 2018).

Dessa maneira, a partir de cada qualificador do consentimento derivariam diferentes obrigações, sendo a mais importante delas que o resultado esperado pelo titular, que primeiro originou seu consentimento, corresponda aos anseios do sujeito do tratamento.

Para Bioni (2019, p. 167), toda estratégia regulatória que é centrada no protagonismo do consentimento do titular segue lógica incompatível com o reconhecimento da sua vulnerabilidade. Ao invés de conseguir proporcionar proteção dos dados pessoais, o

consentimento se transformaria, conseqüentemente, em meio para legitimar os modelos de negócios da economia na sociedade da informação.

O consentimento revelaria, assim, a contradição intrínseca do atual desenho normativo. Apesar de toda sua evolução nas gerações de leis de proteção de dados, há um descaso normativo no que tange ao modo pelo qual ele deveria ser operacionalizado (BIONI, 2019, p. 170). Caberia, portanto, a criação de ferramentas regulatórias capazes de equalizar a assimetria na relação entre titular e o mercado, e de disposições normativas com impacto no fluxo informacional.

Como o consentimento está vinculado a uma finalidade específica, tem-se clara vinculação da validade do consentimento com o princípio da finalidade, que, como já visto, exige que os propósitos do tratamento de dados sejam legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades (art. 6º, I).

Desse modo, deve haver clara indicação de quais dados se pretende sejam fornecidos, a sua necessidade e, ademais, a finalidade para a qual eles são coletados após informados para, desta forma, permitir a análise prévia da adequação e a necessidade da sua obtenção para o escopo pretendido. Além disso, deve-se levar em conta o livre acesso a todas as informações a respeito do tratamento dos dados fornecidos com boa fé e o atendimento ao interesse público que justificariam a sua disponibilização (Lei nº 13.709/2018, art. 7º, § 3º), assim como a transparência enquanto garantia (arts. 6º e 9º).

Em se pensando o contexto das relações de trabalho, a discussão acerca do consentimento dado pelo empregado, quando permite que o controlador manuseie seus dados particulares, é dotada de certa relevância. Uma vez que na relação de emprego o empregado está subordinado ao poder diretivo do empregador, e, conseqüentemente

às suas ordens, há o questionamento se o consentimento em uma relação de trabalho seria, de fato, e como requer a lei, livre.

Por esse motivo, ainda, questiona-se a validade de que a legitimação para o tratamento de dados em uma relação de trabalho parta da premissa do consentimento, e se seriam necessários outros requisitos para que o tratamento de dados pessoais seja válido nesse contexto.

1.2 Cumprimento de obrigação legal

A Lei Geral de Proteção de Dados traz em seu art. 7º bases legais que tornam lícitos os tratamentos de dados. Como comentado acima, o consentimento é apenas uma das bases legais que autorizam o tratamento de dados pessoais. Entre as dez hipóteses trazidas pela LGPD, há a previsão do cumprimento de obrigação legal:

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

[...]

II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

Nesse caso, o tratamento de dados pessoais é justificado por exigências de outras leis, isto é, são os cenários em que uma empresa precisa utilizar ou armazenar dados pessoais para cumprir obrigações legais ou regulatórias.

Em se pensando no contexto de uma relação de trabalho, é preciso ressaltar que o tratamento de dados pessoais se dá de forma a viabilizar não apenas a sua execução, senão especialmente para implementar direitos trabalhistas assegurados no ordenamento jurídico. Logo, ocorre também o tratamento de dados fiscais e previdenciários em um relação de trabalho.

Assim, a coleta de dados sobre a idade, por conta da capacidade para o trabalho, comprovante do estado gravídico, para garantia de emprego e o número de inscrição no cadastro de pessoas físicas junto à Receita Federal para desconto de imposto de renda, entre tantos outros, são exemplos de tratamento de dados em que são dispensados o fornecimento do consentimento pelo titular.

Tal medida tem aplicação inclusive quando o empregador precisa tratar dados pessoais nas ocasiões, por exemplo, em que decorrer de uma decisão judicial o fornecimento de dados para pagamento de uma pensão alimentícia, ou de determinação pelo Ministério Público, por conta de uma fiscalização. Não se exigirá dos empregadores, portanto, o prévio consentimento expresso e escrito dos empregados.

1.3 Legítimo interesse

Dentre as hipóteses de tratamento lícito de dados pessoais, encontra-se o legítimo interesse, seja ele do controlador ou de terceiro, conforme disposto no art. 7º, IX. A LGPD, no entanto, não define expressamente o que seria considerado um interesse legítimo, deixando consequentemente a sua delimitação dotada de certa subjetividade.

Contudo, o tema é dotado de certa importância, visto que não pode ser usado para o tratamento de dados sensíveis, e que a lei traz um rol de hipóteses exemplificativas e não taxativas o uso do legítimo interesse:

Art. 10. O legítimo interesse do controlador somente poderá fundamentar tratamento de dados pessoais para finalidades legítimas, consideradas a partir de situações concretas, que incluem, mas não se limitam a:

I - apoio e promoção de atividades do controlador; e

II - proteção, em relação ao titular, do exercício regular de seus direitos ou prestação de serviços que o beneficiem, respeitadas as legítimas expectativas dele e os direitos e liberdades fundamentais, nos termos desta Lei.

Além disso, conforme disposto no parágrafo primeiro do artigo supracitado, quando o tratamento tiver como base o legítimo interesse do controlador, apenas os dados pessoais estritamente necessários para a finalidade pretendida poderão ser tratados.

Pela leitura integrada dos dispositivos da LGPD, pode-se entender que nem todo interesse do controlador vai ser considerado um interesse legítimo para tratamento. Ainda que o seja, não vai eximir que sejam adotadas medidas para garantir a transparência desse tratamento, como bem disposto no parágrafo segundo do art. 10 (BRASIL, 2018).

A noção de “interesse legítimo” do inciso IX do artigo 7º da LGPD deverá ser trazida pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). De qualquer modo, está latente que na lei buscou-se o equilíbrio entre a tutela da privacidade e o resguardo dos interesses voltados à competição e à inovação comercial.

1.4 Transparência

No Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais prevê no seu artigo 6º como princípios orientadores do tratamento legítimo de dados pessoais a finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação e responsabilização e prestação de contas (BRASIL, 2018).

Para melhor compreensão do âmbito de proteção da Lei nº 13.709/2018, ou do conteúdo que tais princípios abarcam, Pinheiro (2018, p. 32) os destrinchou da seguinte maneira:

- (i) finalidade do tratamento;
- (ii) compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular;
- (iii) limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades;
- (iv) garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma do tratamento;
- (v) garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;
- (vi) transparência aos titulares;
- (vii) utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais;
- (viii) prestação de contas, pelo agente, da adoção de medidas capazes de comprovar a proteção de dados pessoais.

Pode-se observar, a partir disso, que certos princípios são derivados de alguns presentes em outras áreas do ordenamento jurídico, enquanto outros são específica e diretamente relacionados à atividade de tratamento de dados. Isso se justifica pelo fato de que este último tipo somente permite que seu conteúdo normativo seja compreendido perante as características e direitos envolvidos no tratamento de dados pessoais (DONEDA, 2015, p. 377).

Significativo para o contexto do tratamento de dados em uma relação de trabalho é o princípio da transparência, o qual, ao prever que aos titulares deve ser garantida a informação clara, precisa e facilmente acessível sobre a realização do tratamento, bem como dos agentes envolvidos (art. 6º, VI), daria ao titular a ciência sobre a integralidade das condições às quais são submetidos os dados para o processo de tratamento.

Basicamente, transparência significa que as pessoas deveriam receber informações básicas sobre os usos de seus dados pessoais, como a finalidade do seu uso e quem os está manipulando. Implica, também, que as informações acerca do processamento devem ser claras, acessíveis e adequadas para compreensão do usuário. A transmissão das informações claras e completas pode ser feita tanto por instrumento contratual específico, quanto por qualquer outro meio, desde que cumprida a função de informar o titular (DONEDA, 2015 p. 383).

Dessa forma, há um debate que se concentra no melhor jeito de ser transparente quanto ao tratamento de dados pessoais. De qualquer modo, o direito à transparência deve ser interpretado em conjunto com o direito à prestação de contas, presente no inciso X, do artigo 6º, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, à medida que é elemento essencial para que a prestação de contas seja efetiva (BRASIL, 2018).

No caso de uma relação de trabalho, a aplicação do princípio da transparência implicaria na condição de que os empregados precisam ser informados da existência de monitoramento, os propósitos para qual cada dado pessoal está sendo coletado, e qualquer outra informação relevante para que sejam garantidos os direitos do titular.

Com o desenvolvimento de novas tecnologias, a necessidade de transparência se torna mais evidente, principalmente a partir do momento em que eles permitem uma coleta de dados em massa.

2 O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR

A princípio, é importante ressaltar que o Direito do Trabalho visa regular uma relação que, apesar de surgir em função do livre consentimento prestado por ambos os contraentes, o que se denotaria

pela celebração voluntária do contrato de trabalho, é considerada uma relação fortemente assimétrica (DELGADO, 2019).

Da relação de trabalho surge então o poder diretivo do empregador - também denominado poder disciplinar ou regulamentar -, que mescla características de poderes econômico, político e ideológico, sendo verdadeiro exercício de poder no âmbito privado (DELGADO, 1996, p. 26).

Tal poder diretivo pode ser conceituado como a faculdade atribuída ao empregador de determinar o modo como a atividade do empregado, em decorrência do contrato, deve ser exercida (ROXO, 2009), o que implica também em um poder de fiscalização e de direção do trabalho do empregado. Sua prerrogativa para gerir, organizar e controlar se dá, também, por conta da possibilidade de o empregador responder atos ilícitos cometidos contra terceiros.

De modo geral, as prerrogativas gerenciais permitem que os empregadores organizem seus negócios de forma mais otimizada e respondam rapidamente a circunstâncias que não poderiam ser especificamente previstas no momento da negociação do contrato. Isso permite que os empregadores não precisem obter continuamente o consentimento dos empregados e lhes dão autoridade para emitir ordens unilaterais, dentro dos limites do que é razoável e lícito (FELICIANO, 2006).

Isto é, o contrato de trabalho continuaria a ter como base o consentimento mútuo e, por conseguinte, bilateral das partes no momento de sua celebração. Porém, uma vez o contrato em vigor, estão sujeitos às prerrogativas unilaterais dos empregadores, que já não necessitam do seu consentimento para dirigir, supervisionar e disciplinar a sua execução laboral, dentro dos limites do que é razoável e lícito no âmbito do sistema contratual e jurídico em causa (BARROS, 2018).

Consequentemente, a subordinação inerente a essa relação jurídica implica no comprometimento a uma submissão a comandos do empregador. A possibilidade de os empregadores não necessitarem obter o consentimento dos empregados para implementar e executar suas decisões unilaterais se traduz então um dos principais elementos da relação de trabalho (ROXO, 2009).

O poder diretivo pode se realizar tanto de forma genérica, como nas situações em que o empregador busca saber qual o horário em que os trabalhadores estão cumprindo, quanto de modo mais concreto, exemplos em que há instalação de câmeras e fiscalização de e-mails. De modo geral, o empregador possui legitimidade para fiscalizar o empregado, o que inclui o fazer por meio de medidas ou ferramentas que o auxiliam nessa tarefa.

2.1 Monitoramento do trabalho

Como dito anteriormente, a necessidade de monitoramento das atividades decorre da concepção legal de emprego, a qual é baseada no controle do trabalho do empregado pelo empregador, o qual possui o direito de dirigir especificamente as atividades do empregado (BODIE et al., 2016). Por esse motivo, pode-se considerar que hoje em dia, o monitoramento de comunicações e comportamento numa relação de emprego, por exemplo, é algo bastante comum.

Tradicionalmente, o monitoramento no trabalho se dá principalmente nas comunicações eletrônicas, o que inclui o monitoramento de *e-mails*, do histórico de navegação da internet, de meios de mensagens instantâneos diversos. Não é de hoje a discussão de que a adoção do monitoramento eletrônico traz riscos de invasão à privacidade do trabalhador, ou até mesmo ofensa à dignidade da pessoa humana (PAMPLONA FILHO, 2019).

Se, por um lado, há de fato o interesse de que com esse monitoramento haja a prevenção de fraudes, de espionagem industrial ou a neutralização de conflitos, por outro, há também o objetivo de uma maior produtividade e, conseqüentemente, maior lucratividade para o empregador.

Assim, até hoje grande parte da discussão se voltou justamente a direitos fundamentais que devem ser respeitados na esfera trabalhista, como o sigilo de correspondências e de comunicações em geral (ROXO, 2009). Contudo, as ferramentas e sistemas de supervisão informatizados foram aprimorados, e hoje são cada vez mais usados para a gestão da mão de obra, o que permite que os trabalhadores sejam monitorados através do tempo, locais de trabalho e até mesmo em suas próprias casas, por meio das ferramentas para o trabalho.

Além disso, com o desenvolvimento de novas tecnologias e o surgimento de novas ferramentas para monitoramento do trabalho, foi sendo dada cada vez mais ênfase à adoção delas às práticas de recursos humanos. Por conseguinte, é cada vez mais comum a adoção de softwares capazes de medir o desempenho do trabalhador, traduzindo-se em verdadeiro controle eletrônico da produtividade, que inclui monitoramento de e-mails, telefones, rastreamento de conteúdo e de uso do computador pelo empregado, além de monitoramentos em vídeos e rastreamento por GPS (REIS, 2019). A invasão de privacidade em nome do poder diretivo do empregador é latente.

A forma como esses sistemas de gestão de desempenho funcionam raramente é transparente para o próprio empregador, já que as empresas não compartilham abertamente quais os métodos que utiliza para coletar os dados e como é efetuado esse tratamento. Assim, com a adoção de novas tecnologias, os trabalhadores podem não ter ciência de que tipo de dados pessoais estão sendo coletados, e

para quais finalidades. Eles podem até não terem ciência de que estão sendo monitorados (REIS, 2019).

Cumprе ressaltar que todos esses dados também podem ser processados mediante ferramentas de inteligência artificial que classificam os trabalhadores em várias métricas de desempenho. Logo, o conjunto de dados que são recolhidos para avaliação da produtividade que normalmente são fundamentos para a tomada de decisão de um gestor ou algum responsável da área de recursos humanos são tratados por máquinas, em um processo que nem sempre é transparente (PAMPLONA FILHO, 2019).

O uso extensivo de ferramentas de monitoramento dos trabalhadores pode trazer riscos à privacidade diante da grande quantidade de dados que são gerados e da maior dependência da gestão em novas tecnologias, independentemente se o monitoramento ocorre sistemática ou apenas ocasionalmente. Diante, portanto, da ausência de um entendimento claro sobre os tipos de dados que são coletados e de acessibilidade à política de monitoramento da empresa, os trabalhadores podem não ter ciência das consequências do tratamento de seus dados, e serem por isso incapazes de exercer seus direitos.

Por óbvio que as condutas que extrapolam a razoabilidade e violam a dignidade da pessoa humana são vedadas pela Constituição Federal de 1988. Porque o foco do presente trabalho é justamente analisar o consentimento da relação trabalhista à luz das disposições e normativas da Lei Geral de Proteção de Dados, o objetivo é analisar se a proteção que a lei traz seria suficiente para que não ocorra o abuso do monitoramento das atividades do trabalhador dentro desse contexto.

2.2. Diretrizes da Lei Geral de Proteção de Dados

Nesse cenário, e como dito anteriormente, a relação de trabalho é intrinsecamente uma relação em que há desequilíbrio de poder. É notório que o empregado encontra-se, na grande maioria das vezes, em situação inferior e desigual à do empregador, e que justamente por conta disso, considera-se que os contratos de trabalho são verdadeiros contratos de adesão, porque o empregador é quem estipula todas as suas cláusulas (ROXO, 2009). A igualdade seria então meramente formal entre partes que são consideradas pelo ordenamento como livres para contratar.

De mesmo modo, considera-se que há uma igualdade formal diante do titular dos dados pessoais e do controlador - que no presente artigo, é a figura do empregador -, quando do fornecimento do consentimento. Como mencionado anteriormente neste trabalho, a problemática que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais traz sobre a carga participativa do indivíduo no controle do fluxo de dados existe também dentro de uma relação de trabalho.

Constata-se que o titular estaria em uma dupla situação de vulnerabilidade. Por conta disso, existe uma corrente que defende que o consentimento nas relações trabalhistas pode não ser válido, pelo fato de ter uma relação de vulnerabilidade, e que do desequilíbrio entre as partes decorreria a existência um vício de vontade (PAMPLONA FILHO, 2019).

É importante ressaltar que os empregados raramente estão em posição de exercer os direitos previstos na LGPD: mais especificamente, os de fornecer, recusar ou revogar o consentimento livremente, em virtude da dependência que resulta da relação de trabalho e do poder diretivo do empregador. Com exceção de situações excepcionais, os empregadores terão que se utilizar de outra

base legal que não o consentimento, como a necessidade de tratar os dados em nome de seu legítimo interesse (PAMPLONA FILHO, 2019). Contudo, um interesse legítimo por si não é suficiente para que os direitos dos trabalhadores não sejam observados.

Logo, se há outras bases jurídicas para o tratamento dos dados pessoais como o legítimo interesse, o consentimento não deve ser aplicado pois o tratamento equivocado diminui ou impossibilita a transparência no tratamento. Se não há limites para o tratamento, e se não há transparência, corre-se o risco de que o legítimo interesse dos empregadores - em nome do aprimoramento, da eficiência e até mesmo da proteção do patrimônio da empresa - se torne um monitoramento injustificável e altamente intrusivo.

Assim, em se tratando dos fundamentos e princípios trazidos pela LGPD, é preciso se observar o fato de que estes se transformam em verdadeiros deveres a serem cumpridos pelo controlador, isto é, o empregador. Independentemente da base legal escolhida para o tratamento de dados, deve haver um teste de proporcionalidade anteriormente ao tratamento, a fim de se considerar se o tratamento é realmente necessário para se atingir a sua finalidade (REIS, 2019).

No caso de tratamento de dados pessoais sob as normativas da Lei Geral de Proteção de Dados, os empregadores precisam considerar se o processamento dessas informações é necessário, e qual seria a base legal caso positivo, se o monitoramento é proporcional à atividade realizada e os riscos dela decorrentes, e se a atividade de tratamento se dá de modo transparente. Além disso, é preciso que sejam tomadas medidas que assegurem que o risco que traz à invasão de privacidade e o sigilo de comunicações esteja limitado a um patamar mínimo (REIS, 2019).

Nesse sentido, o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados europeu prevê que os estados podem por lei ou acordos coletivos

prever regras mais específicas para assegurar a proteção de direitos e liberdades no que tange o tratamento de dados no contexto de uma relação de trabalho. Abriu-se, portanto, um precedente para que o mesmo ocorra no país.

CONCLUSÃO

O monitoramento do trabalhador ocorre de diversas formas, como por meio de vídeo, rastreamento de veículo, pelo monitoramento de meios de comunicação diversos. Independentemente da mídia usada, seja ela uma câmera, um computador, telefone, ou qualquer outra ferramenta usada para o trabalho, incide a Lei Geral de Proteção de Dados.

Porque a lei não exclui de sua incidência a relação de trabalho, o monitoramento das atividades e desempenho dos trabalhadores, pelo empregador, vai ter que observar os fundamentos e princípios da LGPD. Sobretudo, o empregador terá que observar princípios trazidos no artigo 6º da referida lei. Isto é, sempre terá que se averiguar se a atividade de tratamento desses dados é necessária, se é adequada, se é o modo com que é feito é o único possível. Consequentemente, além de observar as normas trabalhistas, o empregador terá que observar as normas trazidas pela Lei Geral de Proteção de Dados.

Mesmo diante do poder diretivo do empregador, os interesses e direitos dos trabalhadores terão que ser observados. A tecnologia vai produzir mudanças significativas nas empresas trazendo ferramentas mais dinâmicas, o que não é diferente no monitoramento. Não se pode impedir que o empregador se abstenha de exercer seu poder diretivo, ou que a empresa monitore a atividade econômica dela. Contudo, como bem trazido pela LGPD, o empregador precisa, por uma questão de boa-fé, avisar sobre a atividade de monitoramento.

Assim, apenas o consentimento para ser utilizado como base legal para o tratamento de dados parece ser insuficiente. Por conta disso, essa postura ou política transparente que deverá ser adotada pelo empregador precisa se pautar sobretudo na razoabilidade desse monitoramento. O trabalhador precisa ter a garantia de que os dados devem ser utilizados para a finalidade para o qual foram coletados, e não simplesmente para controlar o comportamento do trabalhador.

Por fim, o monitoramento tem que ter finalidade clara, específica, justificada, principalmente porque a Lei Geral de Proteção de Dados preza pela razoabilidade. Portanto, o monitoramento tem que ser justificado para melhorar a relação de trabalho, e não somente para atender aos anseios ou interesses econômicos do empregador.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro. Curso de **Direito do Trabalho**. 6ª ed. rev e ampl. São Paulo: LTr, 2018.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BODIE, Matthew T.; CHERRY, Miriam A.; McCORMICK, Marcia L.; TANG, Jintong. **The law and policy of people analytics**. University of Colorado Law Review, Boulder, v. 88, p. 961-1042, 2016.

BRASIL. Lei n.º 13.709 de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Planalto, Brasília, 14 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 31 ago. 2020.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019.

DONEDA, Danilo. Princípios de proteção de dados pessoais. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA de, Cíntia Rosa Pereira (Coords.). **Direito & Internet III – Tomo I: Marco Civil da Internet** (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Tópicos Avançados de Direito Material do Trabalho**. São Paulo: EDJ, 2006. v. 1.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CONI JUNIOR, Vicente Vasconcelos. A lei geral de proteção de dados pessoais e seus impactos no direito do trabalho. **Revista Direito UNIFACS - Debate Virtual**. Salvador, n. 239, maio 2020. Disponível em: <<https://amazon-c.unifacs.br/index.php/redu/article/view/6744/4066>>. Acesso em 30 ago. 2020.

PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO EUROPEU. **Regulamento UE 2016/679**, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Disponível em: <<http://www.privacy-regulation.eu/pt/>>. Acesso em: 21 ago. 2020.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

REIS, Beatriz de Felipe. **O direito fundamental à proteção de dados pessoais e sensíveis do trabalhador frente às novas tecnologias da informação e comunicação**, 2019. 175f. Dissertação

(Mestrado em Direito) — Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma/SC.

ROXO, Tatiana Bhering Serradas Bon de Sousa. **O poder de controle empresarial: suas potencialidades e limitações na ordem jurídica: o caso das correspondências eletrônicas**, 2009. 187f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte/MG

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 5.

**O DIREITO DO TRABALHO E A CONCEPÇÃO
SOCIAL CRISTÃ: FUNDAMENTOS,
CONTRIBUIÇÕES E INFLUÊNCIAS, DAS RAÍZES
À CONTEMPORANEIDADE**

***DERECHO LABORAL Y CONCEPCIÓN SOCIAL
CRISTIANA: FUNDAMENTOS, APORTES E
INFLUENCIAS, DESDE LAS RAÍCES A LA
CONTEMPORANEIDAD***

*Rodrigo Borges Nicolau*¹¹²

*Gustavo Borges de Oliveira*¹¹³

*Lucas da Costa Bezerra Matos*¹¹⁴

RESUMO

O presente artigo tem a intenção de mostrar os resultados da filosofia e da tradição cristã sobre o trabalho, notadamente uma das correntes especulativas que mais influencia o Direito do Trabalho. Para isso, é feita uma sucinta introdução sobre os fundamentos antropológicos-filosóficos da concepção de trabalho na cosmovisão cristã e depois são observados os princípios sociais católicos forjados no âmbito da Doutrina Social da Igreja e como eles foram inseridos historicamente em alguns ordenamentos jurídicos nacionais por meio de legislações trabalhistas, reconhecendo a dignidade intrínseca do trabalho humano.

¹¹² Advogado. Mestre em Direito do Trabalho e Seguridade Social pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP). E-mail: rodrigonicolau13@yahoo.com.br.

¹¹³ Graduando da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP – USP). E-mail: gborgesoliveira@usp.br.

¹¹⁴ Graduando da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP – USP). E-mail: lucasb.matos@usp.br.

A carta encíclica *Rerum Novarum*, de autoria do Papa Leão XIII, é instrumento central na análise de todo o cenário de lutas operárias por direitos e na busca por um ordenamento social que conjugasse os interesses de todas as classes sociais e aspirasse ao bem comum, bem como seus contornos mais recentes e acabados, versados no *Compêndio de Doutrina Social da Igreja*, por meio do qual se podem observar as atualizações internas e uma preocupação com as *res novae* da realidade trabalhista, as quais podem despertar a atenção para temas complexos do Direito do Trabalho contemporâneo.

Palavras-chave: trabalho, Doutrina Social da Igreja, Direito do Trabalho, *Rerum Novarum*, princípios, legislações trabalhistas.

RESUMEN

Este artículo pretende mostrar los resultados de la filosofía y tradición cristiana sobre el trabajo, destacando una de las corrientes especulativas que más influye en el Derecho Laboral. Para ello, se hace una breve introducción sobre los fundamentos antropológico-filosóficos de la concepción del trabajo en la cosmovisión cristiana y después se observan los principios sociales católicos forjados en el ámbito de la Doctrina Social de la Iglesia y cómo se han insertado históricamente en algunos ordenamientos jurídicos nacionales mediante leyes laborales, reconociendo la dignidad inherente al trabajo humano. La encíclica *Rerum Novarum*, del Papa León XIII, es un instrumento central en el análisis de todo escenario de las luchas obreras por los derechos y en la búsqueda de un orden social que combine los intereses de todas las clases sociales y aspire al bien común, así como sus esbozos más recientes y terminados, versados en el *Compendio de Doctrina Social de la Iglesia*, mediante del cual se pueden observar las actualizaciones internas y la preocupación por las *res novae* de la realidad laboral, que pueden despertar la atención sobre temas complejos del Derecho Laboral contemporáneo.

Palabras-clave: trabajo, Doctrina Social de la Iglesia, Derecho Laboral, *Rerum Novarum*, principios, leyes laborales.

INTRODUÇÃO

As legislações trabalhistas mundo afora são decorrentes de desdobramentos do desenvolvimento do sistema capitalista, em especial após o advento da Revolução Industrial no século XVIII. Em meio ao florescimento de demandas por direitos trabalhistas, a Igreja Católica, por meio do papa Leão XIII, deu o seu parecer – com fundamento em todo o construto doutrinário cristão edificado desde o cristianismo primitivo - sobre a questão por meio da carta encíclica *Rerum Novarum*, que seria gênese para um corpo doutrinário que mais tarde seria denominado de Doutrina Social da Igreja. Em termos de influência, o conteúdo da encíclica do papa Leão XIII ecoou por vários cantos do mundo onde a Igreja Católica detinha influência em alguma medida, instituindo princípios do Direito do Trabalho e inspirando várias legislações trabalhistas nacionais e internacionais, a exemplo da criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Dessa forma, cumpre investigar em que aspectos a Doutrina Social da Igreja e suas elucubrações juslaboralistas influenciaram na redação de legislações trabalhistas, buscando identificar se tal conteúdo doutrinário ainda se faz relevante na conjuntura jurídica laboral contemporânea e se a revisita a ele pode ainda, assim como no passado, servir de ensejo ao desenvolvimento de soluções para a os desafios pelos quais passa a realidade das relações de trabalho contemporâneas.

1 ANTROPOLOGIA CRISTÃ DO TRABALHO

O Direito do Trabalho versa sobre a regulação de um dos aspectos mais essenciais da vida humana, que é justamente o trabalho. No entanto, essa normatização jurídica não pode se apartar de uma

reflexão genuína sobre o trabalho, o que é ele, seu lugar e importância para o homem. O cristianismo foi um dos pilares para o início dessa reflexão, e esse estudo se centrará nas respostas ofertadas por séculos de investigação filosófica que impactaram muito nos princípios e legislações trabalhistas, focando na Doutrina Social da Igreja e na Encíclica *Rerum Novarum*, que fornecem com acurácia a visão católica do trabalho, com cunho notadamente filosófico e sociológico (MARTINS, 2009, p. 7).

De plano, observamos que o trabalho é da *condição originária* do homem (DSI, Frag. 256) e “dimensão fundamental da existência humana” (DSI, Frag. 263). Ou seja, é inerente ao homem trabalhar. Isso precede a queda, não sendo o trabalho uma maldição; ao contrário, a antropologia cristã vê o trabalho como essencial ao homem, pois é *fonte do sustento e da conservação humana* (DSI, Frag. 257).

No entanto, o trabalho está muito longe de ser o sentido último da existência humana (o fim para o qual converge as vidas humanas é Deus), fato pelo qual não pode ser idolatrado. A preocupação primeira, portanto, é com o Reino de Deus: o trabalho não pode se tornar senhor do homem, e escravizá-lo. Ao contrário, o trabalho é para o homem, e não o inverso. Nesse sentido, o trabalho é honrado, pois é condição para a sobrevivência humana e, ao trabalhar, o homem serve a Deus, aperfeiçoando o cosmos criado e continuando a fazer o bem.

O trabalho, com efeito, “chave essencial” de toda a questão social, condiciona o desenvolvimento não só econômico, mas também cultural e moral, das pessoas, da família, da sociedade e de todo o gênero humano (DSI, Frag. 269).

Há uma distinção preciosíssima entre *dimensão objetiva e subjetiva do trabalho*. A primeira diz do conjunto de *recursos* para dominar a terra e a natureza como um todo, sendo, portanto, *contingente* na atividade humana. Já a dimensão subjetiva se refere ao *ser pessoa* do trabalhador, a subjetividade que confere ao trabalho sua dignidade intrínseca e que é *estável*. O trabalho é *actus personae* e *converge para a pessoa*, é ordenado para ela. Por isso, “o trabalho é para o homem e não o homem para o trabalho” (DSI, Frag. 272)¹¹⁵, sendo *a dimensão objetiva subordinada à subjetiva e a finalidade do trabalho, o homem*. Por isso é inadequado considerar o trabalho como mercadoria, mera *força de trabalho* impessoal da organização produtiva.

Tem como expressão acabada disso a *prioridade intrínseca do trabalho sobre o capital*:

Este princípio diz respeito diretamente ao próprio processo de produção, relativamente ao qual o trabalho é sempre uma causa eficiente primária, enquanto que o “capital”, sendo o conjunto dos meios de produção, permanece apenas um instrumento, ou causa instrumental. Este princípio é uma verdade evidente, que resulta de toda a experiência histórica do homem. (JOÃO PAULO II, 1981, Frag. 12)

A prioridade, por sua vez, não exclui a *complementaridade*, pois é ao *concurso de ambos que se dá a continuidade da economia*

¹¹⁵ E isso não se modifica com as revoluções econômicas pelas quais passa a sociedade: “Também o trabalho globalizado tem origem, portanto, no fundamento antropológico da intrínseca dimensão relacional do trabalho. Os aspectos negativos da globalização do trabalho não devem mortificar as possibilidades que se abriram para todos de dar expressão a um humanismo do trabalho em âmbito planetário, a uma solidariedade do mundo do trabalho neste nível, a fim de que, trabalhando em semelhante contexto, dilatado e interconexo, o homem compreenda cada vez mais a sua vocação unitária e solidária”. (DSI, Frag. 322).

e, ao excluir ou pressionar em demasia um deles, aí surgem os grandes problemas econômicos. “Elas [as duas classes] têm imperiosa necessidade uma da outra: não pode haver capital sem trabalho, nem trabalho sem capital” (LEÃO XIII, 1891, Frag. 9), conforme define com maestria a Encíclica *Rerum Novarum*.

Além do mais, a prioridade do trabalho ganha relevo quando cada vez mais salienta-se a importância do “capital humano” na engrenagem econômica. O *capital humano* nada mais é que *a dimensão subjetiva do trabalho*, o que mostra que “o desenvolvimento integral da pessoa humana no trabalho não contradiz, antes favorece a maior produtividade e eficácia do próprio trabalho” (JOÃO PAULO II, 1991, Frag. 43).

O trabalho é, portanto, *pessoal e necessário*. Pessoal, pois é um ato do sujeito, do indivíduo, da pessoa; necessário “para formar e manter uma família, para ter direito à propriedade, para contribuir para o bem comum da família humana” (DSI, 2006, Frag. 287). Em suma: *indispensável para a própria conservação do homem como homem*. Por isso, o trabalho se figura como “*um direito fundamental e um bem para o homem*” (DSI, 2006, Frag. 287). Com isso, está posto o direito *ao* trabalho, que influenciará o Direito *do* Trabalho, como investigaremos a seguir.

2 INFLUÊNCIAS DA DOUTRINA SOCIAL CRISTÃ NO DIREITO DO TRABALHO

Os direitos subjetivos, na filosofia do direito cristã, decorrem da “natureza da pessoa humana e sua dignidade transcendente” (DSI, 2006, Frag. 301). Ou seja, há um direito natural transcendente. Na esfera trabalhista, muitas são as consequências disso.

Inicialmente, há uma preocupação com um *justo salário e justa remuneração*¹¹⁶. É um verdadeiro direito do trabalhador receber aquilo que é *fruto do seu trabalho* e, ao mesmo tempo, *único instrumento para sustentar a si e a sua família e levar uma vida dignamente*. Além disso,

O simples acordo entre empregado e empregador acerca do montante da remuneração não basta para qualificar como “justa” a remuneração concordada, porque ela “não deve ser inferior ao sustento” do trabalhador: a justiça natural é anterior e superior à liberdade do contrato (DSI, 2006, Frag. 301).

É o que já endossava a Encíclica *Rerum Novarum*, pioneira nesse entendimento que sedimentou ao longo das décadas:

Façam, pois, o patrão e o operário todas as convenções que lhes aprover, cheguem, inclusivamente, a acordar na cifra do salário: acima da sua livre vontade está uma lei de justiça natural, mais elevada e mais antiga, a saber, que o salário não deve ser insuficiente para assegurar a subsistência do operário sóbrio e honrado. Mas se, constringido pela necessidade ou forçado pelo receio dum mal maior, aceita condições duras que por outro lado lhe não seria permitido recusar, porque lhe são impostas pelo patrão ou por quem faz oferta do trabalho, então é isto sofrer uma violência contra a qual a justiça protesta (LEÃO XIII, 1891, Frag. 27).

Observa-se, portanto, que a Doutrina Social da Igreja não é estranha ao *salário mínimo*: pelo contrário, o endossa. “Conservar a existência é um dever imposto a todos os homens e ao qual se não podem subtrair sem crime. Deste dever nasce necessariamente o direito de procurar as coisas necessárias à subsistência” (LEÃO XIII,

¹¹⁶ Conscientes de que a remuneração é o salário mais a parte variável (porcentagens, horas extras, comissões, etc), distinção fundamental no Direito do Trabalho. Ambos devem ser justos: salário e remuneração.

1891, Frag. 27), e é justamente através do salário, fruto do seu trabalho, que o homem consegue conservar sua existência. Em linhas gerais, deve ser o salário mínimo a ferramenta que reflita, de fato, o valor mínimo para que, nas circunstâncias econômicas de cada tempo e lugar, um trabalhador possa ter o básico para garantir seu sustento.

Outro direito trabalhista observado na doutrina social cristã é o *direito à greve*. Embora negado inicialmente pela *Rerum Novarum*, que acreditava que as autocomposições de empregadores e empregados seriam soluções melhores e mais eficazes, os documentos mais recentes da Igreja entendem que a greve é sim legítima, “depois de se terem revelado ineficazes todos os outros recursos para a composição dos conflitos” (DSI, 2006, Frag. 304). No entanto, a greve deve ser pacífica, e objetivar melhores condições de trabalho e de situação social do operariado. Portanto, a greve deve ter essas três características: *última tentativa* (espécie de ultimato), *não-violência* e *fim genuinamente trabalhista*.

O *direito ao repouso* também é imprescindível, pois ele é condição importante para que o homem medite sobre a Criação e preste o culto divino (DSI, 2006, Frag. 258); há aqui uma consideração não apenas com as condições físicas e corpóreas, mas também para com os interesses espirituais do operário e com o bem de sua alma. Isso leva a uma responsabilidade das autoridades públicas e dos próprios empregadores (DSI, 2006, Frag. 268) para a preservação do descanso fundamental à dignidade humana.

Tal como o justo salário para a existência do trabalhador, o descanso essencial também é condição de justiça para o contrato de trabalho e de dignidade do serviço humano:

O direito ao descanso de cada dia assim como à cessação do trabalho no dia do Senhor, deve ser a condição expressa ou tácita de todo o contrato feito entre patrões e operários. Onde esta condição não

entrar, o contrato não será justo, pois ninguém pode exigir ou prometer a violação dos deveres do homem para com Deus e para consigo mesmo (LEÃO XIII, 1891, Frag.26).

Além disso, sendo o trabalho visto como necessário e, portanto, um direito, é também visto como um *dever* na antropologia cristã, pelo fato de ser ele indispensável para conservação humana: “nenhum cristão, pelo fato de pertencer a uma comunidade solidária e fraterna, deve sentir-se no direito de não trabalhar e de viver à custa dos outros” (DSI, 2006, Frag. 264). Já citamos que o trabalho é *actus personae*, possui uma dimensão subjetiva em que a personalidade molda o trabalho e se expressa nele; é uma das formas possíveis de se praticar e reproduzir o bem, realizando a máxima de Santo Ambrósio de que cada trabalhador é a mão de Cristo que continua a criar e a fazer o bem (SANTO AMBRÓSIO, *De obitu Valentiniani consolatio*, 62: PL 16, 1438).

Nesse sentido, sendo *opus humanum* e instrumento para o bem no mundo terreno, o trabalho se configura como um dever e, por isso, a doutrina social cristã entende que “compete [ao Estado] o dever de promover políticas ativas do trabalho tais que favoreçam a criação de oportunidades trabalhistas no território nacional, incentivando para tal fim o mundo produtivo” (DSI, 2006, Frag. 291). Desse modo, o poder público tem uma responsabilidade de promover a *criação de empregos*, pois o cidadão tem o direito ao trabalho e o dever de trabalhar; essa responsabilidade, no entanto, será cumprida com base na forma ótima de organização social, respeitando o princípio da subsidiariedade, do qual falaremos a seguir.

Outro ponto influenciável pela doutrina cristã foi a consciência dos *limites humanos do trabalho*, adjacente ao tema das *cargas horárias abusivas* e dos serviços que *ultrapassam as capacidades*

físicas dos operários. Já avisava Leão XIII, com muita empatia e sensatez:

Assim, o número de horas de trabalho diário não deve exceder a força dos trabalhadores, e a quantidade de repouso deve ser proporcionada à qualidade do trabalho, às circunstâncias do tempo e do lugar, à compleição e saúde dos operários. O trabalho, por exemplo, de extrair pedra, ferro, chumbo e outros materiais escondidos debaixo da terra, sendo mais pesado e nocivo à saúde, deve ser compensado com uma duração mais curta. Deve-se também atender às estações, porque não poucas vezes um trabalho que facilmente se suportaria numa estação, noutra é de facto insuportável ou somente se vence com dificuldade (LEÃO XIII, 1891, Frag. 25).

As condições de trabalho são justamente a esfera em que a dignidade da personalidade embutida no trabalho humano pode ser respeitada, e cabe ao Direito impedir realidades em

Que os patrões esmagam os trabalhadores sob o peso de exigências iníquas, ou desonram neles a pessoa humana por condições indignas e degradantes; que atentam contra a sua saúde por um trabalho excessivo e desproporcionado com a sua idade e sexo: em todos estes casos é absolutamente necessário aplicar em certos limites a força e autoridade das leis (LEÃO XIII, 1891, Frag. 20).

A evidente dignidade da pessoa humana e consequente dignidade do trabalho “proíbe também aos patrões que imponham aos seus subordinados um trabalho superior às suas forças ou em desarmonia com a sua idade ou o seu sexo” (LEÃO XIII, 1891, Frag. 10). Isso leva às sensíveis questões do *trabalho feminino e infantil*. Sobre o último, Leão XIII traz contundentes palavras quanto a essa verdadeira *violência terrível e menos evidente* que infelizmente *ainda não foi erradicada* (DSI, 2006, Frag. 296):

Quanto aos infantes, cuide-se não os admitir nas oficinas antes de a idade lhes tenha desenvolvido suficientemente as forças físicas, intelectuais e morais. As forças, que na puerícia brotam semelhantemente à erva em flor, um movimento precoce as dissipa, tornando, portanto, impossível a própria educação dos infantes. (LEÃO XIII, Carta encicl. Rerum Novarum: Acta Leonis XIII, 11 (1892) 129).

A discriminação quanto à presença da mulher no trabalho, “devida a uma longa série de condicionamentos penalizantes para a mulher, que foi e ainda é ‘deturpada nas suas prerrogativas, não raro marginalizada e, até mesmo, reduzida à escravidão’” (DSI, 2006, frag. 295) também é discutida pelo cristianismo social, que entende que tais discrepâncias não foram superadas e devem ser diuturnamente combatidas através de medidas de cunho “retributivo, assegurativo e previdenciário” (JOÃO PAULO II, Exort. apost. Familiaris consortio, 24: AAS 74 (1982) 109-110).

Ademais, não são só direitos que o trabalhador possui. Consoante a noção de complementaridade entre capital e trabalho, este tem que ajudar aquele e, por isso, o trabalhador deve “fornecer integral e fielmente todo o trabalho a que se comprometeu por contrato livre e conforme à equidade; não deve lesar o seu patrão, nem nos seus bens, nem na sua pessoa” (LEÃO XIII, 1891, Frag. 10); eis aqui os *deveres do empregado* na filosofia trabalhista do cristianismo.

A *questão sindical* também é reconhecida e os sindicatos são enaltecidos como verdadeiras *forças propulsoras* para a concretização dos direitos trabalhistas e para uma ordem social justa. Os sindicatos, todavia, possuem representatividade para “lutar” para os direitos dos trabalhadores, mas essa “luta” “deve ser compreendida como um empenhamento normal das pessoas ‘em prol’ do justo bem: [...] não é uma luta ‘contra’ os outros” (JOÃO PAULO II, Carta encicl. Laborem

exercens, 20: AAS 73 (1981) 630). Além disso, os sindicatos devem *influenciar o debate público e sensibilizá-lo quanto à questão dos trabalhadores*, mantendo sempre, todavia, sua *autonomia* em relação a partidos políticos, para não se tornarem instrumentos em um jogo de mero poder (DSI, 2006, Frag. 307).

Não apenas os sindicatos, mas a filosofia social católica incentiva todas as *associações operárias* condicionadas ao justo fim da busca pela dignidade do trabalho; as corporações de ofício, consideradas por muitos como precursoras das *trade unions*, foram gestadas na sociedade medieval, de influência notoriamente cristã. No mais, a doutrina católica incita as associações sindicais a se renovarem para cobrirem

Além das categorias de trabalho tradicionais, os trabalhadores com contrato atípicos ou por tempo determinado; os trabalhadores cujo o emprego é colocado em perigo pelas fusões de empresas que ocorrem com frequência cada vez maior, também em plano internacional; aqueles que não têm um emprego, os imigrantes, os trabalhadores sazonais, aqueles que por falta de atualização profissional foram excluídos do mercado de trabalho e não podem reingressar sem adequados cursos de requalificação (DSI, 2006, Frag. 308).

As novas “formas de trabalho que não são enquadráveis nem como trabalho dependente nem como trabalho autônomo” (DSI, 2006, Frag. 313), bem como o fenômeno social mundial de mudança que

Assinala a passagem do trabalho contratado por tempo indeterminado, entendido como emprego fixo, a um percurso profissional caracterizado por uma pluralidade de atividades profissionais; de um mundo do trabalho compacto, definido e reconhecido, a um universo de trabalhos, variegado, fluido, rico de promessas, mas também impregnado de interrogações preocupantes... (DSI, 2006, Frag. 314)

Essas mudanças convocam não apenas as organizações sindicais, mas as próprias legislações trabalhistas nacionais e internacionais a se adaptarem aos *novos modos de organização econômica*, com proteção significativa aos trabalhadores frente às incertezas, *res novae* (DSI, 2006, Cap. VI, tópico VII), literalmente coisas novas, que rondam o cenário produtivo, mostrando que a preocupação social da meditação cristã também se volta para as demandas atuais.

2.1 O Princípio da Subsidiariedade

O princípio da subsidiariedade está intimamente ligado com a função da autoridade política, bem como sua reserva de competência. Ao contrário de muitos entendimentos equivocados, esse princípio não aduz apenas *secundariedade*, mas *supletividade*, e esta traz consigo a *complementariedade* – o que se complementa ou completa – e a *suplementariedade* – a ampliação, adição que vem para acrescentar (BARACHO, 1995, pp. 10-11).

Esse princípio converge totalmente com a influência da doutrina social cristã no juslaboralismo. A Encíclica *Rerum Novarum* já falava dele, mesmo sem o nomear explicitamente (SILVA, 2006, p. 790). A Doutrina Social da Igreja enfatiza a importância e necessidade das garantias trabalhistas para ampliar a dignidade do trabalho e acrescentar segurança a esse, bem como complementar as relações entre empregados e empregadores, dando a essas um respaldo jurídico, ao mesmo tempo que enfatiza a importância de uma harmonia coordenada entre capital e trabalho, que não sobrevivem dissociados.

Além disso, o princípio da subsidiariedade coloca a verdadeira posição do Estado frente às sensíveis questões sociais, visto que essa posição não se configura em uma completa indiferença a essas demandas e conseqüente abandono da realidade social, e tampouco em uma intervenção que suprime a própria capacidade das organizações espontâneas da sociedade de se auto-organizarem. Ou seja,

uma vez que não é lícito tolher aos indivíduos o que eles podem realizar com as forças e a indústria própria para confiá-lo à comunidade, assim também é injusto remeter a uma sociedade maior e mais alta aquilo que as comunidades menores e inferiores podem fazer [...] porque o objeto natural de todo e qualquer intervento da sociedade mesma consiste em ajudar de maneira supletiva os membros do corpo social, não já destruí-las e absorvê-las. (PIO XI, Carta encicl. *Quadragesimo* anno: AAS 23 (1931) 203).¹¹⁷

Mas isso não significa fazer vistas grossas aos problemas difíceis, transferindo a responsabilidade aos meios não oficiais: ao contrário, surge aí a reserva de exercício da autoridade política e sua função central.

Diversas circunstâncias podem aconselhar que o Estado exerça uma função de suplência. [...]. À luz do princípio de subsidiariedade, porém, esta suplência institucional não se deve prolongar e estender além do estritamente necessário, já que encontra justificação somente no caráter excepcional da situação (DSI, 2006, frag. 188).

Portanto, as ordens superiores devem apoiar, promover e incrementar em relação às menores, tendo duplo papel:

¹¹⁷ Cf. JOÃO PAULO II, Carta encicl. *Centesimus annus*, 48: AAS 83 (1991)852-854; Catecismo da Igreja Católica, 1883.

A subsidiariedade entendida em sentido positivo, como ajuda econômica, institucional, legislativa oferecida às entidades sociais menores, corresponde a uma série de implicações em negativo, que impõem ao Estado abster-se de tudo o que, de fato, restringir o espaço vital das células menores e essenciais da sociedade. Não se deve suplantar a sua iniciativa, liberdade e responsabilidade (DSI, 2006, Frag. 186).

Em suma: “a subsidiariedade respeita a dignidade da pessoa, na qual vê um sujeito sempre capaz de dar algo aos outros” (GUNTHER; SANTOS, 2017, p. 26).

Outros princípios norteadores da *hermenêutica das normas trabalhistas* também advêm de ideias cristãs, tais como “indubio pro operario, el de la primacía de la realidad, el de la norma más favorable, el pro fondo en las cuestiones de seguridad social, etc” (BEJARANO, 1993, p. 48).

2.2 Princípio da Solidariedade

Com o advento da globalização, em especial os seus últimos anos, tornou-se cristalino que é por meio da cooperação que as nações se desenvolvem e prosperam. O desenvolvimento contínuo de meios de comunicação informatizados, os fluxos cada vez maiores de pessoas e mercadorias têm dado provas há muito de que o diálogo internacional e a busca de soluções cooperativas são as melhores vias pelas quais a humanidade deve caminhar nesses tempos modernos. Tal raciocínio, aplicado à escala global, funciona também na escala das sociedades nacionais, nas quais as suas mínimas partes, os cidadãos, relacionam-se de modo a adquirir, por meio do trabalho, as condições para garantia de suas existências.

Tendo ciência da importância da cooperação nas relações humanas, a Igreja, em sua Doutrina Social, adota o Princípio da Solidariedade como elemento norteador das atividades sociais, entre elas as de cunho trabalhista. Tal princípio, em síntese, pode ser definido como a *necessidade de reconhecer, em face dos inúmeros liames que agregam os homens e os grupos sociais entre si, um espaço no qual a liberdade humana é capaz de gerar frutos comuns dos quais todos podem compartilhar*. O Princípio da Solidariedade é magistralmente descrito em sua essência como de dupla natureza, no qual se podem vislumbrar um princípio social e também uma virtude moral (DSI, 2006, Frag. 193). Em sua natureza de princípio social, funciona como um *elemento de orientação para ordenação da sociedade por meio do qual se combatem as estruturas pecaminosas impregnadas no seio da sociedade, a exemplo de leis e estruturas econômicas injustas*. Na sua matriz de virtude moral, o Princípio da Solidariedade:

É a determinação firme e perseverante de se empenhar pelo bem comum; ou seja, pelo bem de todos e de cada um, porque todos nós somos verdadeiramente responsáveis por todos. A solidariedade eleva-se ao grau de virtude social fundamental, pois se coloca na dimensão da justiça, virtude orientada por excelência para o bem comum, e na aplicação em prol do bem do próximo, com a disponibilidade, em sentido evangélico, para “perder-se” em benefício do próximo em vez de o explorar, e para “servi-lo” em vez de o oprimir para proveito próprio (DSI, 2006, Frag. 193).

Em torno de seu potencial de ser fator de produção de justiça na sociedade, definido em seu aspecto de virtude social fundamental, está inscrita também sua natureza de princípio social capaz de ordenar a sociedade, uma vez que a ordenação social somente pode estar subordinada ao *bem comum* (LEÃO XIII, 1891, Frag. 18), e, para

alcançá-lo, é impreterível que se apele para o senso de justiça. Na *Rerum Novarum*, o Papa Leão XIII, embora obviamente não munido da definição - dada pela Doutrina Social da Igreja, da qual o papa leonino foi o inaugurador, posteriormente - do Princípio da Solidariedade nem de seu aspecto de aplicação da justiça, já apontava o dever das autoridades públicas de, com lastro na chamada justiça distributiva, resguardar todas as classes de cidadãos, dando atenção à salvação e aos interesses da classe operária.

Além de todas as características mencionadas a respeito do Princípio da Solidariedade, é ele ainda dotado do potencial de ser uma importante ferramenta hermenêutica das relações jurídicas de trabalho. Nesse âmbito, o Princípio da Solidariedade caminha no intuito de *fazer com que as relações entre empresários e trabalhadores sejam exercidas de maneira harmônica e dedicadas a encontrar uma solução que adeque os interesses envolvidos*:

A aplicação nesta direção se traduz no positivo contributo que não se há de deixar faltar à causa comum e na busca dos pontos de possível acordo, mesmo quando prevalece uma lógica de divisão e fragmentação; na disponibilidade a consumir-se pelo bem do outro, para além de todo individualismo e particularismo (DSI, 2006, frag. 194).

Como se depreende do trecho final do excerto citado, é o Princípio da Solidariedade um *remédio para o individualismo* bastante difundido nas sociedades capitalistas e no ambiente pós-moderno no qual estamos inseridos, assuntos que, por sua enorme densidade, não se consideram oportunos de receber tratamento mais prolongado neste artigo. De todo modo, ao se propor a sufocar o individualismo, tal princípio introduz a noção de que é correlato a todos os indivíduos *um débito para com a sociedade na qual se*

encontram, em que o trabalho dos demais é o responsável por conferir condições ao desenvolvimento da existência humana.

Por fim, cumpre mencionar que a aplicação do Princípio da Solidariedade carrega em si mesma a necessidade de conjugá-la à aplicação do Princípio da Subsidiariedade, como afirma Bento XVI:

O princípio de subsidiariedade há de ser mantido estritamente ligado com o princípio de solidariedade e vice-versa, porque, se a subsidiariedade sem a solidariedade decai no particularismo social, a solidariedade sem a subsidiariedade decai no assistencialismo que humilha o sujeito necessitado. (CARITAS IN VERITATE, Frag. 58).

Destrinchando as palavras do hoje Papa Emérito, significar dizer que existe uma interdependência evidente entre os princípios citados que, se não observada, tende a produzir perversões do fim almejado, a saber: o bem comum.

Em face do Princípio da Solidariedade, é imperioso mencionar o conteúdo final da *Rerum Novarum*, no qual o Papa Leão XIII prescreve como solução para os males sociais como um todo, mas em especial tomando como referente a péssima condição dos operários da época, *a prática da caridade*. O item final da carta leonina (o item 35) é paradigmático no sentido de que reúne, numa exortação ao cumprimento de seus deveres, todas as classes sociais a que a carta se dirigiu durante todo o seu decorrer: ricos/patrões, operários e autoridades públicas. Nesse sentido, a confluência dos interesses de todas essas classes, em especial da relação patrões-operários, deve ser condensada na prática da virtude da caridade - “senhora e rainha de todas as outras virtudes” (LEÃO XIII, 1891, Frag. 35) –, sem a qual se esvazia todo o sentido da Solidariedade.

Nesse chamado, uma outra classe, a classe dos Ministros do Santuário (clero), é convocada para a missão especial de inculcar nas

mentes dos indivíduos de todas as classes as máximas do Evangelho, de modo a acender nos corações destes a caridade, virtude capaz de mover o ser humano para o despojamento de si mesmo em prol do próximo e cuja substância é “o antídoto mais seguro para o orgulho e o egoísmo do século” (LEÃO XIII, 1891, Frag. 35). A respeito dos resultados efetivos da exortação leonina, o Papa Pio XII assevera:

A encíclica “*Rerum Novarum*”, acercando-se do povo e abraçando-o com estima e amor, penetrou nos corações e nas inteligências das classes operárias e infundiu-lhes sentimentos cristãos e dignidade cívica; e por isso a força de seu ativo influxo, com o decorrer dos anos foi-se expandindo e difundindo tão eficazmente, que as suas normas quase se tornaram patrimônio comum de todos os homens. E ao passo que o Estado no século XIX, por uma excessiva exaltação da liberdade, considerava como seu fim exclusivo tutelar a liberdade com o direito. Leão XII advertiu-o de que era também o seu dever aplicar-se à providência social, cuidando do bem-estar do povo inteiro e de todos os seus membros, particularmente dos fracos e dos deserdados, com uma larga política social e com a criação de um direito do trabalho. A sua voz ecoou profundamente (...). (RESENDE, 2009, p. 185).

Nota-se que, como efeito do chamado direcionado às autoridades públicas, produziu-se uma mudança paradigmática quanto ao aspecto teleológico do próprio Estado. Antes figurando como mero protetor das liberdades fundamentais e bastante limitado em suas atribuições, o Estado passa agora a figurar como instituição mais ativa e geradora de políticas públicas voltadas à distribuição de riquezas, produção de bem-estar e garantia dos direitos dos trabalhadores por meio da inserção de legislações trabalhistas nos ordenamentos jurídicos nacionais. É mister fazer a ressalva de que a Igreja se mantém como defensora do direito, de ordem natural e divina, de

propriedade e de liberdade nas transações comerciais, agora sob regulação por parte do poder público.

2.3 Responsabilidade e Justiça social

A garantia da dignidade do trabalho humano e a ordenação de uma sociedade pautada na cooperação entre os indivíduos das mais variadas classes têm como fim último o *bem-comum*. A concretização deste se dá, pela necessidade de atingir a todos, por meio da *observação da justiça social, distribuindo a cada parte os frutos mínimos ao exercício de suas funções*. Em termos práticos, segundo o próprio Leão XIII¹¹⁸ adverte no item 35 da *Rerum Novarum*, a efetivação de melhores condições sociais passa, necessariamente, pelo ato individual de *tomar para si a própria responsabilidade de prática da caridade na busca pela justiça social e pelo bem comum*. Nesse sentido é que se diz que “*na busca do bem comum e da justiça social é que pode ser resumida a ideia de responsabilidade social tanto do empregado como do empregador*” (BARZOTTO, 2017, p. 41).

A justiça social, portanto, é conceito que não pode ser desvinculado da ideia de responsabilidade social, uma vez que nesta se traduz o exercício de deveres sem os quais não há efetivação de justiça social, que os impõe aos indivíduos por força da necessidade de atingir o bem comum:

Há a justiça social que impõe, também, deveres a que nem patrões nem operários se podem furtar. E é precisamente próprio da justiça social exigir dos indivíduos quanto é necessário ao bem comum. Mas, assim como no organismo vivo não se provê ao todo,

¹¹⁸ “Tome cada um a tarefa que lhe pertence; e isto sem demora, para que não suceda que, adiando o remédio, se tome incurável o mal, já de si tão grave” (RERUM NOVARUM, Frag. 35).

se não se dá a cada parte e a cada membro tudo quanto necessitam para exercerem as suas funções; assim também se não pode prover ao organismo social e ao bem de toda a sociedade, se não se dá a cada parte e a cada membro, isto é, aos homens dotados da dignidade de pessoa, tudo quanto necessitam para desempenharem as suas funções sociais. (SANCTIS, 1991, p. 129)

De cunho mais geral, a responsabilidade social, além de alinhada à defesa dos direitos trabalhistas, versa, no estágio hodierno do capitalismo - em que é de grande apreço às empresas manter-se com uma marca positiva perante a sociedade -, sobre a responsabilidade das empresas para além de seu ambiente interno:

Pelo movimento da responsabilidade social, sublinha-se que as empresas não devem satisfação apenas aos seus acionistas, mas também aos stakeholders, seus funcionários, à mídia, fornecedores, consumidores, ao governo, ao setor não-governamental e ambiental. Em síntese, a empresa se legitima socialmente pela qualidade de sua participação comunitária, que nada mais é do que seu contributo efetivo para o bem comum. Sementes desta ideia, ainda que com outra roupagem e terminologia, já estavam contempladas em 1891, na Encíclica *Rerum Novarum* (BARZOTTO, 2017, p. 39).

Como se depreende do trecho citado, conquanto o termo responsabilidade social, fruto de maior elaboração no âmbito das relações laborais capitalistas, não estivesse presente na *Rerum Novarum*, seu núcleo substancial ali já estava, o que ratifica a magnitude e a densidade das palavras escritas por Leão XIII no fim do século XIX.

2.4 Influências nas legislações

A influência da doutrina social cristã não se deu apenas nos alicerces da estrutura do pensamento jurídico, como também nas legislações concretamente positivadas. Como bem sintetiza Ministro José Ajuricaba da Costa e Silva:

Ora, o Direito do Trabalho está impregnado dessa doutrina, pois sendo uma solução de compromisso entre o Capitalismo e o Socialismo, repele a luta de classes e o predomínio de uma sobre a outra; preconiza a intervenção do Estado para resguardar a dignidade humana do trabalhador, estabelecendo regras especiais de proteção ao menor e à mulher que trabalham, de proteção dos assalariados em geral contra os acidentes do trabalho e doenças profissionais; procura também garantir um salário justo e suficiente para atender às necessidades da pessoa do empregado e de sua família, um horário razoável de trabalho com intervalos de repouso diários, semanais e anuais, sem prejuízo da remuneração, assegurando o direito à organização sindical livre e até mesmo à greve, desde que não cause danos materiais às instalações das empresas, nem ameace o direito à propriedade, à vida e à segurança da coletividade, etc. É pois, como a doutrina social cristã, moderadamente Intervencionista, estimulando, outrossim ao invés da luta de classes, o entendimento entre elas, como revela o fato da conciliação das partes em conflito ter um papel destacado no processo do trabalho, sobretudo no Brasil. (COSTA E SILVA, 1993, pp. 52-53).

Dentre essas positavações, cabe destaque a influência na motivação norteadora do ato de proteção dos operários nas legislações inglesas (SANCTIS, 1971, p. 254); no *Code du Travail* francês, onde a ressonância intelectual de bispos no debate público contribuiu muito para a absorção das ideias sociais cristãs no seio do Direito do

Trabalho (SANCTIS, 1971, p. 257); no Tratado de Versalhes; e, inclusive, no surgimento da OIT (GOULART; SANTOS, 2013, p. 7).

Outro ordenamento jurídico pouco lembrado, mas muito influenciado (talvez até mais que as anteriormente citadas) pelas ideias cristãs quanto ao Direito do Trabalho é o da Costa Rica. Escolhemos analisá-lo pelo fato de ser um direito nacional pouco estudado e que, todavia, é objeto de análise adequado para o intento do nosso trabalho, já que foi profundamente influenciado pelas ideias cristãs na seara trabalhista. Diz expressamente o art. 74, no capítulo “Derechos y Garantías Individuales” da Constituição Costarriquenha de 1949, ainda vigente:

Los derechos y beneficios a que esta Sección se refiere son irrenunciables. Su enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de Justicia Social, serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de producción y reglamentados en un Código Social y de Trabajo, a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional.

E a regulamentação pelo Código Social y de Trabajo, (de 1943, mas também ainda vigente) também reflète plenamente influências cristãs no campo social, como mostra o primeiro artigo dessa lei:

Artículo 1.- El presente Código regula los derechos y obligaciones de patronos y trabajadores con ocasión del trabajo, de acuerdo con los principios cristianos de Justicia Social.

Esclarece muito o fato do presidente da época dessas legislações, Rafael Angel Calderón Guardia, ter tido contato com Cardeal Désiré-Joseph Mercier e seu Código de Malinas quando esteve na Bélgica (BEJARANO, 1993, p. 45). O princípio da solidariedade enerva o Direito do Trabalho costarriquenho, como

mostra jurisprudência sobre fundos de pensão, que contrapõe interesses individuais e gerais:

Se ha establecido que el principio fundamental de esos fondos es que los aportes individuales se afectan a la finalidad general sin que se cree ningún derecho a los mismos antes de que se cumplan los requisitos de retiro que cada fondo señala de manera, que, antes sólo existe una expectativa de Derecho (BEJARANO, 1993, p 58).

Além disso, o Capítulo Décimo Terceiro do Código estabelece a possibilidade de arbitragem e conciliação para conflitos *coletivos* de caráter econômico e social. Não entraremos no mérito dessa questão, que exigiria pesquisa à parte, mas tais saídas parecem ser uma tentativa de aproximação entre capital e trabalho, tal como preconizado pela doutrina social cristã, sempre com os quesitos do *in dubio pro operario*, visando uma

solución pacífica de los conflictos sociales que buscan además el equilibrio de los factores concurrentes al proceso de producción porque nadie puede negar que dentro de este concepto se engloba la actividad, no sólo de los particulares, sino la del Estado que es parte fundamental del proceso productivo nacional (BEJARANO, 1993, p 58).

Isso reflete uma crença na natural solidariedade humana, extremo oposto da visão marxista do trabalho, em que “os trabalhadores só obterão seus direitos através do enfrentamento com seus empregadores, o que faz das relações trabalhistas algo extremamente conflituoso” (MARTINS FILHO; DELGADO; PRADO; ARAÚJO, 2010, p. 7).

Há, além disso, *influências concretas* promovidas por mobilizações sociais de associações católicas. No Brasil, é paradigmático o exemplo da Confederação Católica de Trabalho,

presente em Belo Horizonte na década de 1920. Foram inúmeros feitos dessa confederação: facilitação do acesso dos trabalhadores à moradia e influência em aprovações de leis do que beneficiaram os trabalhadores (AMARAL, 2009, p. 69); conquista de direitos e melhoria nas condições sociais, bem como uma organização da classe trabalhadora (AMARAL, 2009, p. 72); assistência jurídica para revalidação de posse e criação da Cooperativa Constructora de Casas Operarias Limitada (AMARAL, 2009, p. 69); campanhas exitosas por jornada de trabalho de 8 horas, descanso semanal, salário justo, moradias populares, “acidentes de trabalho, direito de associação, abastecimento de água em bairro operário, feiras livres na capital para venda de gêneros de primeira necessidade” (AMARAL, 2009, pp. 70-72), dentre outros temas; e a publicação de um jornal semanário de conscientização do proletariado (O Operário) com base na doutrina católica social da *Rerum Novarum*, formando verdadeira identidade cristã operária (AMARAL, 2009, p. 58).

2.5 Influência na Criação e Atuação da OIT¹¹⁹

Uma notória repercussão da *Rerum Novarum* foi a criação da Organização Internacional do Trabalho, criada em 1919. Embora integre em seu ato de criação uma série de influências (SUSSEKIND, 2000, PP. 85-98) históricas oriundas das mais diversas matizes, é inegável a relevância da carta encíclica de autoria do Papa Leão XIII. Tal afirmação é perceptível na observação do fundamento da OIT,

¹¹⁹ Cf. ALMEIDA, Ronald Silka de. VILLATORE, Marco Antônio. *A Encíclica “Rerum Novarum” e sua importância em relação à Organização Internacional do Trabalho*, Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 6, n. 59, 2017, p. 73.

presente no site da instituição¹²⁰, segundo o qual “a OIT funda-se no princípio de que a paz universal e permanente só pode basear-se na *justiça social*”, e, ainda, na observação de que:

O objetivo da OIT é o de proporcionar melhoria das condições de trabalho e das condições humanas, buscar igualdade de oportunidades, a proteção do trabalhador em suas relações com o trabalho, enfim, a cooperação entre os povos para promover o bem comum e a primazia do social em toda a planificação econômica e a finalidade social do desenvolvimento econômico. (PAMPLONA FILHO; VILLATORE, 2011, p. 81).

Tanto o fundamento como o objetivo possuem correlação inequívoca com os princípios descritos na *Rerum Novarum* e em toda Doutrina Social da Igreja.

26 Influências na legislação brasileira

Como já afirmado, é inerente ao trabalho humano uma dignidade transcendente desejada por Deus e que dá lastro aos direitos dos trabalhadores. Tomando como verdade essa afirmação, a Doutrina Social da Igreja elencou alguns direitos a serem positivados pelos ordenamentos jurídicos nacionais a pretexto de resguardar os trabalhadores:

O direito a uma justa remuneração; o direito ao repouso; o direito a dispor de ambientes de trabalho e de processos de laboração que não causem dano à saúde física dos trabalhadores nem lesem a sua integridade moral; o direito a ver salvaguardada a própria personalidade no lugar de trabalho, sem serem violados seja de que modo for na própria consciência ou dignidade; o direito à convenientes subvenções

¹²⁰ Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/inst/hist/index.php>, acessado em 15.06.2020.

indispensáveis para a subsistência dos trabalhadores desempregados e das suas famílias; do direito à pensão de aposentadoria ou reforma, ao seguro para a velhice bem como para a doença e ao seguro para os casos de acidentes de trabalho; o direito a disposições sociais referentes à maternidade; o direito de reunir-se e de associar-se (DSI, 2006, Frag. 301).

No âmbito da legislação trabalhista brasileira, a influência do pensamento social da Igreja se mostrou de grande relevo em diversos momentos históricos. Inúmeros são os exemplos de confluência entre os conselhos dados pela Doutrina Social da Igreja e o juslaboralismo brasileiro. Na oportunidade da Constituição Brasileira de 1937, elaborada num momento de efervescência das lutas por direitos laborais e por um sindicalismo de Estado, o art. 137, b, aduz que a legislação do trabalho observará o preceito de que “os contratos coletivos de trabalho deverão estipular obrigatoriamente a sua duração, a importância e as modalidades do salário, a disciplina interior e o horário de trabalho”. Desse modo, percebe-se que o conteúdo dessa alínea “b”:

Diz respeito à evidência da influência do pensamento social da Igreja, cuja encíclica “Rerum Novarum” (...) convoca o Estado para intervir nas relações empregado-empregador, mas também indica que as entidades sindicais é que deveriam cuidar do detalhamento das condições desempenhadas em cada atividade econômica, como é o caso da jornada de trabalho que deveria ser adequada a cada situação. (RESENDE, 2009, p. 185).

Na atual legislação trabalhista, a influência católica pode ser percebida por exemplo no caput do art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho, o qual estabelece que “*as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes*

interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes”. Tal influência recai especialmente sobre a parte em que se reconhece a liberdade das partes (empregado e empregador) de negociar detalhes do contrato, desde que essa prática não atente contra disposições correlatas à proteção do trabalho, o que se pode definir como o princípio trabalhista da hipossuficiência do trabalhador. A própria Doutrina Social da Igreja (DSI, 2006, Frag. 302), conforme citamos anteriormente, esclarece que o simples arranjo contratual só deve vincular efetivamente as partes quando suas disposições estiverem de acordo com os ditames da justiça natural. No caso da remuneração concordada, essa só é justa quando oferece ao menos o básico para o sustento do trabalhador.

3 ATUALIZAÇÕES DO PENSAMENTO SOCIAL DA IGREJA CATÓLICA FEITAS PELOS SUCESSORES DE LEÃO XIII

É sabido que a *Rerum Novarum* deu o pontapé inicial para o que hoje se denomina como Doutrina Social da Igreja. Ensejada por circunstâncias históricas específicas, a carta leonina - à medida que o tempo foi progredindo e as estruturas econômicas, sociais e políticas passavam por intensas e cada vez mais rápidas metamorfoses - acabou perdendo um pouco de vigor no que tange a análises das nuances dos novos tempos. Surgiu, com isso, a necessidade de que seus sucessores na Cátedra de Pedro renovassem o conteúdo de sua carta, adequando suas diretrizes às novas circunstâncias históricas. Deivison Amaral, na esteira de Hobsbawm e Ranger, acredita que já a própria encíclica *Rerum Novarum* é uma “operacionalização das tradições inventadas,

ou seja, reinterpretou o passado, ritualizou-o e o adaptou às necessidades presentes” (AMARAL, 2009, pp. 60-61).

Diante do dever de dar novo fôlego à sabedoria germinada na *Rerum Novarum*, o Papa Pio XI, por meio da Carta Encíclica *Quadragesimo Anno*, - esta que, como o nome sugere, teve como sentido a comemoração dos quarenta anos da publicação da *Rerum Novarum* - reforça o compromisso da Igreja de proteger os trabalhadores de condições que violem a sua dignidade e explicita a ideia de estabelecer novas reflexões em face das mudanças:

E primeiramente todos veem quão mudada está hoje a situação económica. Sabeis, veneráveis Irmãos e amados Filhos, que o Nosso Predecessor de feliz memória na sua encíclica se referia principalmente àquele sistema, em que ordinariamente uns contribuem com o capital, os outros com o trabalho para o comum exercício da economia. (...) Verdade é que mesmo hoje não é esta a única forma de economia, que reina por toda a parte; há outra forma, que ainda abraça uma numerosa e importante fracção da humanidade, como é por exemplo a classe agrícola, na qual a maior parte do género humano ganha honradamente a sua vida. (...). Por consequência não é só o bem dos habitantes das regiões industriais, mas o de todos os homens, que Nós procuramos, ao dirigirmos a Nossa atenção principalmente para as mudanças, que sofreu a economia capitalista desde os tempos de Leão XIII.

A *Quadragesimo Anno* inaugura a tradição de, a cada dez anos, publicar um documento em memória e comemoração da *Rerum Novarum*. Em virtude do cenário de guerra (Segunda Guerra Mundial) pelo qual o mundo passava no aniversário de cinquenta anos (1941), a mensagem papal destinada ao escopo em questão, agora pelo Papa Pio XII, foi enviada por meio do rádio na Solenidade de Pentecostes, que foi denominada como Radiomensagem na Solenidade de Pentecostes. A comemoração dos sessenta anos, por sua vez, não

produziu nenhum documento específico e se deu mediante uma audiência dada pelo Papa Pio XII na oportunidade de uma manifestação comemorativa promovida pela Associazioni Cristiane dei Lavoratori Italiani. As comemorações atualizadoras dos setenta, oitenta, noventa e cem anos se deram, respectivamente, por intermédio das cartas encíclicas *Mater et Magistra* (João XXIII), *Octogesima Adveniens* (Paulo VI), *Laborem Exercens* (João Paulo II) e *Centesimus Annus* (João Paulo II). Dessa prática frequente de atualização, cumpre notar a centralidade da temática da questão social para a Igreja, em especial da condição dos trabalhadores e indivíduos mais vulneráveis da sociedade, a quem não se pode negar esforços de proteção e caridade.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, percebemos que a doutrina social católica influenciou muito o pensamento do Direito do Trabalho, além de inspirar inúmeras legislações e ser fonte de desenvolvimentos concretos no campo trabalhista.

Logicamente, tal doutrina, verdadeira filosofia e sociologia da realidade como um todo, não está apartada da cosmovisão cristã que a anima. Por isso, a fé é caracterizada como elemento imprescindível das relações de trabalho (AMARAL, 2009, p. 67), e muito das explorações e desumanidades testemunhadas no campo trabalhista são considerados frutos da “falta de fé e ao fim das corporações de bem” (AMARAL, 2009, p. 67), bem como “a concorrência desenfreada entre os empresários; a usura voraz de grande número deles; o abandono do sentimento religioso pelos legisladores e governantes” (COSTA E SILVA, 1993, p. 51).

Afastado esse aspecto que foge da seara jurídica, podemos observar que a cosmovisão cristã de trabalho trouxe e continua trazendo muitos contributos para os aperfeiçoamentos do Direito do Trabalho, ressaltando a dignidade do trabalho, seu carácter pessoal e necessário, a subordinação da dimensão objetiva à dimensão subjetiva do trabalho, bem como a prioridade do trabalho sobre o capital, adjunto à complementariedade desses dois polos. Além disso, não se omite em pontuar o papel do Estado na questão social, apontando seus deveres de criação de empregos como meta social, promulgação de codificações justas e observância dos princípios de subsidiariedade e solidariedade, responsabilidade e justiça social, dentre outros, que auxiliam na busca incansável pelo bem comum e pelo aperfeiçoamento da realidade coletiva.

Graças a essas contribuições, muitas conquistas apareceram quanto a temas como salário, greve, repouso, direito ao trabalho, condições de trabalho, trabalho infantil, igualdade de gênero no mundo laboral, deveres do empregado, organização sindical, entre outros. Ainda assim, muitas mais podem ser adquiridas se uma reflexão juslaboralista, que se abebere da meditação cristã, olhar (e tentar aprimorar juridicamente as novas problemáticas que surgem) para as *res novae*, coisas novas, ou seja, as formas de trabalho não enquadráveis nos moldes clássicos, entre as quais a atipicidade contratual, fusões internacionais frequentes que desestabilizam os empregados, os não superados problemas do trabalho infantil e feminino, empregos sazonais, exclusão tecnológica do mercado de trabalho, trabalho imigrante, “uberização”, enfraquecimento e desvirtuamento dos movimentos sindicais, etc.

Frente a tantas questões pungentes que marcam uma passagem epocal de um Direito do Trabalho consolidado para um universo laboral complexo, múltiplo e fluido que vem à tona no século XXI, a

encíclica *Rerum Novarum* e a Doutrina Social da Igreja de modo geral continuam servindo como um valioso instrumento de interpretação do Direito Laboral, de modo a pensa-lo e repensá-lo em suas variadas nuances e problemáticas contemporâneas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ronald Silka de. VILLATORE, Marco Antônio. A Encíclica “*Rerum Novarum*” e sua importância em relação à Organização Internacional do Trabalho, **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 6, n. 59, 2017, pp. 66-85.

AMARAL, Deivison Gonçalves. Confederação Católica do Trabalho: práticas discursivas e orientação católica para o trabalho em Belo Horizonte (1919-1930). **Horizonte - Revista de Estudos de Teologia e Ciências da Religião**, Belo Horizonte: vol. 5, nº 10, 2009, pp. 56-74.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Princípio da subsidiariedade**. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG (Nova Fase), 1995.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. Responsabilidade Social e a “*Rerum Novarum*”. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 6, n. 59, 2017, pp. 35-41.

BEJARANO, Oscar. La doctrina social de la iglesia catolica y el derecho del trabajo costarricense. **Revista de Ciencias Jurídicas** Núm. 76, Universidad de Costa Rica, 1993, pp. 43-60.

BENTO XVI, Carta encicl. **Caritas in Veritate**.

COMPÊNDIO DE DOCTRINA SOCIAL DA IGREJA CATÓLICA. Disponível em:

http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_po.html

COSTA E SILVA, José Ajuricaba da. "Rerum novarum" e direito do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. v. 61/92. São Paulo: LTr, 1993, pp. 49-53.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Constituição de 1988: legitimidade, vigência, eficácia**. São Paulo: Atlas, 1989.

GOULART, Luís Otávio de Oliveira; SANTOS, Tiago Francisco Campanholi dos. Influência da igreja católica apostólica romana na formação do direito do trabalho e proteção do trabalhador. **Anais Eletrônico VIII EPCC – Encontro Internacional de Produção Científica Cesumar UNICESUMAR – Centro Universitário Cesumar**, Editora CESUMAR, Maringá, 2013.

GUNTHER, Luiz Eduardo; SANTOS, Willians Franklin Lira dos. A Encíclica Rerum Novarum e o princípio da subsidiariedade. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 6, n. 59, 2017, pp. 16-34.

JOÃO PAULO II, Carta encicl. **Centesimus annus**.

JOÃO PAULO II, Carta encicl. **Laborem exercens**.

JOÃO PAULO II, Exort. apost. **Familiaris consortio**.

LEÃO XIII, Carta encicl. **Rerum Novarum**.

MARTINS FILHO, Ives Gandra; DELGADO, Maurício Godinho; PRADO, Ney; ARAÚJO, Carlos (Coord.). **A efetividade do direito e do processo do trabalho**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; VILLATORE, Marco Antônio César. **Direito do Trabalho Doméstico**, 4a. ed., São Paulo: LTr, 2011.

PIO XI, Carta encicl. **Quadragesimo anno**.

PIO XI, *Divini Redemptoris*, 17 de março de 1937, n.51. In: DE SANCTIS, Frei Antônio OFM org). **Encíclicas e Documentos sociais**. São Paulo: Ltr, 1991.

RERUM NOVARUM. **Sobre a condição dos operários**. Disponível em: http://www.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html

RESENDE, Ulisses Borges de. **A importância do discurso religioso na luta pela redução das desigualdades sociais no Brasil: a influência do pensamento social da Igreja Católica na legislação trabalhista brasileira de Vargas a Lula**. 2009. 357 f. (Tese de Doutorado) Faculdade de Sociologia – Universidade de Brasília, Brasília, 2009.

SANCTIS, Frei Antônio de. **Encíclicas e Documentos sociais – Da “Rerum Novarum” à “Octogesima Adveniens”**. São Paulo: LTr, 1971.

SANTO AMBRÓSIO, **De obitu Valentiniani consolatio**, 62: PL 16, 1438.

SILVA, Daniela Romanelli da. Princípio da subsidiariedade. In BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo-RS, Rio de Janeiro-RJ: Editora UNISINOS, Editora Renovar, 2006.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. 3 ed., São Paulo: LTr, 2000.

CONTRATO DE TRABALHO E REFORMA TRABALHISTA – O CONTRATO INTERMITENTE

EMPLOYMENT CONTRACT AND LABOR REFORM - THE INTERMITTENT CONTRACT

*David Alexander Diniz*¹²¹

*Mariana Pinaud de Oliveira Seguro*¹²²

*Natália Abramides Marques Brasil*¹²³

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar as mudanças que a Reforma Trabalhista trouxe no âmbito do contrato de trabalho, sobretudo no que concerne à nova modalidade contratual: o contrato intermitente. Para isso, foi feita uma breve explanação teórica acerca do instituto do contrato de trabalho e suas modalidades a fim de que se possa, então, fazer uma análise doutrinária da legislação implementada pela reforma trabalhista.

Essa reforma, pautada na suposta flexibilização e modernização da Consolidação das Leis do Trabalho, traz em seu bojo a perda de diversos direitos para o trabalhador, deixando evidente que sua função é preservar os interesses do empregador frente aos do empregado.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista; Contrato de Trabalho; Contrato Intermitente

¹²¹ Aluno de graduação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto

¹²² Aluna de graduação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto

¹²³ Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). E-mail: nabramides@gmail.com

ABSTRACT

This scholarly article aims to analyze the changes that the Labor Reform brought about in the scope of the employment contract, especially with regard to the new contractual mode: the intermittent contract. For this, a brief theoretical explanation was made about the employment contract institute and its modalities so that one can then make a doctrinal analysis of the legislation implemented by the labor reform.

This reform, based on the supposed flexibility and modernization of the Consolidation of Labor Laws, brings with it the loss of several rights for the worker, making it clear that its function is to preserve the interests of the employer over those of the employee.

Keywords: Labor Reform; Employment Contract; Intermittent Contract.

INTRODUÇÃO

O intuito do presente estudo é analisar o instituto do contrato intermitente de trabalho à luz das verdadeiras pretensões da Reforma Trabalhista (Brasil, Lei 13.467, de 2017), a qual foi implementada no Brasil pelo então presidente Michel Temer. O artigo busca, em seu cerne, desenvolver uma visão holística de como essa reforma e a adição de um novo modelo de contrato de trabalho, transforma a realidade social brasileira, sobretudo ao justificar a pretensa flexibilização e modernização da CLT como um avanço para os trabalhadores brasileiros, mas, deixando sérias dúvidas quanto a proteção dos direitos dos mesmos.

A nova modalidade de contrato de trabalho está prevista no artigo 443 da CLT, a qual considera como contrato intermitente os contratos de trabalho cuja prestação de serviço não é feita de forma contínua, tendo em vista a garantia de alternância entre períodos de

atividade e inatividade, determinado em horas dias ou meses. Vale acrescentar que o referido artigo prevê a aplicação da modalidade de contrato intermitente, independentemente do tipo de atividade exercida pelo empregado, com exceção feita aos aeronautas, os quais possuem uma legislação própria.

A fim de que se bem compreenda a inserção do contrato intermitente como uma nova modalidade de contrato de trabalho, urge a necessidade de um estudo mais analítico do instituto. Para tanto, se faz importante revisitar a relevância história do contrato de trabalho, isto é, entender o contexto histórico em que as posses institucionalizadas são superadas e surge a necessidade de contrato entre as partes para que a atividade laboral seja desenvolvida com segurança jurídica e observância de direitos fundamentais e sociais da pessoa humana. Ademais, o entendimento do contrato de trabalho deve passar pelo processo de conceituação e caracterização desse instituto antes de adentrar nas modalidades que o complementam.

Superadas as fases supracitadas, a análise dessa nova modalidade de contrato exige uma abordagem mais detalhada do que foi a modificação laboral no Brasil e quais suas verdadeiras pretensões.

Tal investigação, por sua vez, será feita com respaldo em estudos da nova legislação e suporte teórico baseado em compreensões doutrinárias a fim de que se compreende quais consequências a modalidade de contrato intermitente produz na realidade social brasileira.

1 CONTRATO DE TRABALHO

1.1 Relevância histórica do Contrato de Trabalho

Para que se possa entender a relevância do contrato de trabalho, faz-se necessário uma breve contextualização histórica do instituto de contratos. No direito romano, base de ideias de todo direito romano-germânico, o contrato surgiu como uma necessidade de negociação bilateral, ou seja, com mais de uma vontade, que houvesse um vínculo jurídico, isto é, que gerasse uma obrigação.

Para complementar a ideia aqui levantada, ilustra o prof. Thomas Marky (1995, p. 119), “Para que haja liame jurídico chamado *obligatio*, era preciso, além do acordo, um fundamento jurídico: a *causa civilis*. Essa *causa civilis* é que elevava o ato jurídico bilateral a um *contractus*.” O instituto dos contratos, nessa perspectiva, trouxe ao indivíduo maior liberdade e segurança jurídica de que haveria uma punição caso o contrato fosse descumprido pela outra parte.

Partindo dessa análise histórica dos contratos, é necessário compreender o conceito de direito do trabalho, conceito esse que variou bastante ao longo do tempo até chegar na relação de trabalho como conhecemos hoje. A relação de emprego como é conhecida atualmente passa a se desenvolver após a Revolução industrial (1760 – 1850) para garantir dignidade do ser humano dentro das fábricas. (Nascimento, 2014, p. 32).

Com o progresso da ciência no período moderno e, concomitantemente, o pioneirismo da Inglaterra na mudança na produção de bens com o advento das máquinas à vapor, como por exemplo a máquina de tear mecânica, e o recente estabelecimento de uma sociedade industrial e urbana, as antigas corporações de ofícios

foram deixadas de lado e a relação entre os mestres e companheiros foram trocadas pelo patrão (dono dos meios de produção) e o proletário.

Nesse sentido, cabe aqui trazer a visão de Amauri Mascaro Nascimento sobre esse novo sujeito na relação de emprego, o proletário, que é:

um trabalhador que presta serviços em jornadas que variam de 14 a 16 horas, não tem oportunidades de desenvolvimento intelectual, habita em condições subumanas, em geral nas adjacências do próprio local da atividade, tem prole numerosa e ganha salário em troca disso tudo. (2014, p. 34)

O proletário era, então, muitas vezes explorado por seu empregador com excessivas horas de trabalho, baixa remuneração, exploração de crianças e mulheres e nenhuma garantia de indenizações em caso de acidentes de trabalho ou sequer direito às férias remuneradas. A explicação para o patrão estabelecer essas regras e condições para o empregado, na visão de Amauri Nascimento (2014, p. 34), é porque não havia nenhuma regra que regulamentava a relação entre os dois sujeitos, ou seja, não havia uma legislação que regulava os direitos e deveres na relação de trabalho, fazendo com que a supracitada relação fosse, ao invés de bilateral, unilateral, garantindo apenas os anseios do detentor dos meios de produção.

Sob esse viés, após as grandes revoluções iluministas, o pensamento liberal e a garantia dos direitos dos Homens, a ideia de contrato de trabalho passou a ser reconhecida pela legislação dos diversos países da Europa, como na França pelo Código de Napoleão de 1804 e na Itália pelos Códigos de 1865, consagraram as relações trabalhistas nos moldes que são conhecidas atualmente. Com essa relação contratual entre empregado e empregador, segundo Amauri

(2014, p. 50), foi um sinal de liberdade da vontade humana, onde haveria um equilíbrio das relações de trabalho.

Dessa forma, há visto a necessidade, histórica, de uma legislação trabalhista que proteja o empregado, estabeleça os direitos e deveres de cada um dos sujeitos da relação de trabalho, além de garantir um contrato de trabalho que seja bilateral, equitativo onde ambas as partes se sintam representadas e com força legal, para que o descumprimento traga responsabilizações e sanções.

1.2 Conceito e características do Contrato de Trabalho

O artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) define: “Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.”

Como no texto do artigo referido se observa uma lacuna na distinção entre os conceitos de contrato de trabalho e relação de emprego, doutrinados se incumbiram à tarefa de melhor definir o conceito de Contrato de Trabalho, o qual será, agora, tratado.

Na concepção do renomado jurista Délio Maranhão (1991, p.231), contrato de trabalho é “o negócio jurídico pelo qual uma pessoa física se obriga, mediante pagamento de uma contraprestação, a prestar trabalho não eventual em proveito de outra pessoa, física ou jurídica, a quem fica juridicamente subordinado.”

Também na tentativa de suprir a lacuna do artigo supracitado, Mozart Victor Russomano (1995, p.94), percebe o contrato de trabalho como o ato jurídico que cria a relação de emprego. Nessa esteira, entende-se que para que o empregado e o empregador se vinculem juridicamente é necessário que tal vínculo seja estabelecido por um contrato: o contrato de trabalho.

Nessa linha de raciocínio, conceitua-se, pois, o contrato de trabalho como um negócio jurídico que dá origem a relação jurídica de emprego, uma vez que gera direitos e obrigações entre as partes que o celebram.

Não obstante o debate conceitual acerca da definição do contrato de trabalho, a ponderação de suas características se faz essencial para melhor compreensão do instituto. A princípio, é de suma importância entendê-lo na esfera do Direito Privado, em face da natureza privada tanto dos pactuantes como de seus interesses, embora sejam regulamentados pelas normas trabalhistas.

Ademais, estão entre as características do Contrato de Trabalho ser sinalagmático, oneroso, de trato sucessivo, de atividade, *intuitu personae* quanto ao empregado e consensual (GARCIA, 2017, p. 578).

O sinalagma é característica porque resultam do contrato de trabalho obrigações contrapostas às partes, o que enseja um equilíbrio formal entre as obrigações que aquele contrato gera ao empregado e ao empregador. Importa pontuar que o sinalagma é aferido considerando a reunião dos conjuntos do contrato de trabalho e não como mera contraposição de obrigações específicas. Desse modo, a obrigação de pagamento do salário continua mesmo no período de férias do empregado, em que a obrigação de trabalhar não é exigida.

A onerosidade, por sua vez, está relacionada à imposição de ônus e deveres para ambas as partes contratantes. De maneira geral, no contexto empregatício as obrigações contrapostas estão vinculadas à prestação de serviços pelo empregado e o salário pago pelo empregador. Conforme define o jurista Antunes Varela (1989, p. 368), “diz-se oneroso o contrato em que a atribuição patrimonial efetuada por cada um dos contraentes tem por respectivo, compensação ou equivalente a atribuição da mesma natureza proveniente do outro”.

Já o trato sucessivo está relacionado ao caráter de continuidade do contrato de trabalho, que não se exaure com o pagamento de uma prestação e se renova mês a mês. Se caracteriza também como um pacto de atividade, uma vez que a atividade contratada é a principal prestação do ponto de vista do empregado e a causa da contratação por parte do empregador.

Ademais, o contrato de trabalho é celebrado “*intuito personae*” quanto ao empregado, ou seja, gera uma obrigação pessoal em relação ao empregado. De modo que o empregador deve exigir que a prestação de serviços seja feita por aquele que foi contratado como empregado. Essa característica decorre da infungibilidade da obrigação de prestar serviços, uma vez que a consideração da pessoa do empregado é essencial para aquela contratação por distingui-lo em relação aos outros candidatos.

Por fim, o caráter consensual do contrato de trabalho acontece porquanto, de maneira geral, é efetivado pela mera manifestação da vontade das partes, não estando sujeito à entrega de alguma coisa ou a formalidades imperativas. O que, por sua vez, apenas acontece em situações excepcionais, expressas em previsão legal.

1.3 Tipos de Contrato de Trabalho

A priori, a doutrina divide os tipos de contrato de trabalho baseada no critério tempo. De maneira geral, baseado no princípio da continuidade da relação de emprego, o contrato de trabalho não se exaure em um único ato. Sendo uma relação de débito permanente, a regra geral é o contrato de trabalho por prazo indeterminado.

O contrato de trabalho por tempo indeterminado é, pois, a regra geral. Isto é, quando um contrato de trabalho é firmado a presunção é de que a duração temporal de tal contrato não tenha termo

extintivo estabelecido previamente. Conforme a Súmula 212 do STJ, “se há pactuação da relação de emprego, presume-se ter sido ela efetivada mediante contrato por tempo incerto”.

Sendo o contrato de trabalho por tempo indeterminado regra geral, como bem explicitado acima, o contrato de trabalho por tempo indeterminado situa-se como excepcional, por isso também chamado de contrato a termo. Por isso, deve o contrato a termo ser expresso e o tempo de duração avisado previamente ao empregado pelo empregador. Para evitar possíveis dissidências, devem ambas as partes terem ciência do prazo de vigência do contrato a termo.

Quanto às condições para que se acorde por tempo determinado, o artigo 443 da CLT estabelece em seu § 2º:

“O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando:

- a) De serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo;
- b) De atividades empresariais de caráter transitório;
- c) De contrato de experiência.”

Visto os tipos de contrato de trabalho supracitados, a novidade, a qual será desenvolvida em páginas subsequentes, é o contrato de trabalho intermitente, o qual foi incluído na CLT pela Lei n. 13.467/2017 com a Reforma Trabalhista, sancionada pelo então Presidente Michel Temer em 2017. Caberá, agora, a análise crítica da Reforma e da inserção do Trabalho Intermitente nas modalidades de contrato de trabalho e na consequência de tal para os empregados e empregadores.

2 COMENTÁRIOS GERAIS SOBRE A REFORMA TRABALHISTA

Com a aprovação da Lei 13.467, de 13 de julho de 2017 (Lei da reforma trabalhista), a Consolidação das Leis Trabalhistas, doravante denominada CLT, sofreu algumas alterações, sob o pretexto de “modernização” e adequação às novas relações de trabalho (GARCIA, 2017, p.373). Assim, com a aprovação no Congresso Nacional, após 120 dias, “Art. 6º Esta Lei entra em vigor após decorridos cento e vinte dias de sua publicação oficial.”, a reforma trabalhista passa a ter eficácia e produzir efeitos em todo território Nacional.

Além disso, dentro desse contexto, após promulgação da reforma, foi lançada também a Medida Provisória (MP) 808 de 2017, que tinha como objetivo a alteração e correção de pontos da reforma trabalhista que, para não atrapalhar a tramitação nas casas do Legislativo, foram reformulados a partir da MP. Pode-se citar como exemplo de correção imposto pela Medida Provisória a derrogação do art. 394-A, retirando os incisos I, II e III do *caput* do artigo, que previam, por exemplo, o afastamento da empregada de locais insalubres, somente enquanto durar a gestação. Entretanto, a Medida Provisória 808 perdeu a validade por não ter sido submetida ao Congresso Nacional em tempo devido.

A Reforma Trabalhista teve como pressuposto a ajuda a entidades empresariais, pautada pela flexibilização da legislação, diminuição da burocracia estatal e, com isso, a diminuição das taxas de desemprego, taxas essas que vinham crescendo desde a crise de 2014 e dinamizadas com o golpe de 2016 com as incertezas quanto ao novo chefe do executivo. Nas palavras de Marcelo Menzano e

Christian Duarte Caldeira, do Instituto de Economia da UNICAMP (2018, p. 72),

Desta perspectiva, a presença de qualquer imperfeição neste mercado, seja por conta de intervenções governamentais, das atividades dos sindicatos, da rigidez dos salários ou da escassez de mão-de-obra qualificada, conduziria, obrigatoriamente, a um desajuste entre oferta e demanda, cujas consequências seriam menos empregos ou prejuízos econômicos para as empresas.

De acordo com Saulo Henrique Pena Fagundes, em apresentação no Jornal do Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho apresentado por Dias Junior (2018, p. 8),

pode-se afirmar que a Lei n. 13.467/2017, a Reforma Trabalhista, deveria ter contemplado mais profundamente as relações de trabalho que envolvem novas tecnologias no tocante à devida proteção ao trabalhador inserido nesse contexto. Reitera-se que, mesmo com o objetivo de modernização legislativa, o viés da referida alteração legal foi claramente privilegiar a classe patronal, ausentando-se da pauta a necessária preocupação com os recentes entraves às melhorias laborativas, a fim de minorar a situação de hipossuficiência do trabalhador diante da busca incessante por lucros, agora, maximizados por possibilidades tecnológicas.

3 O CONTRATO INTERMITENTE

3.1 Aspectos Gerais

Apoiado nas bases dos motivos que levaram o governo brasileiro a elaboração da supracitada reforma, ou seja, a necessidade de geração de emprego e contorno à atual crise econômica, coube a observação de institutos, como o referido, em outras doutrinas, como

a Alemã , inserido na legislação germânica pela Lei de Promoção do emprego, em 1985 (FERNANDES, 2016, p. 5), a Italiana, introduzido no ordenamento italiano pela Lei Biaggi, em 2003 (FERNANDES, 2016, p.6), ou a Portuguesa, instituído a partir do Acordo Tripartido para um Novo Sistema de Regulações Laborais de 2008 (FERNANDES, 2016, p. 7).

Dessa forma, o contrato de trabalho intermitente, inserido recentemente na Consolidação das Leis do Trabalho pela Lei 13.467/2017, no art. 443, §3º, *in verbis* “Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.”. Diante disso, o jurista Carlos Henrique Bezerra Leite afirma que contrato de trabalho intermitente “é aquele em que a prestação de serviços pelo empregado não é contínua, pois ele fica em inatividade por horas, dias ou meses, conforme estabelecerem as partes.” (2018, p. 395).

Nesse contexto, o legislador oferece, nos arts. 452-A ao 452-H, mecanismos para que o contrato de trabalho seja praticado, interpondo regulamentações para sua utilização. Tal contrato deve ser elaborado por escrito e registrado na Carteira de Trabalho e Previdência Social e, reitera que o valor da hora ou do dia de trabalho não poderá ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento, assegurando ainda a remuneração do trabalho noturno superior à do diurno.(art. 452-A, CLT).

Ainda se tratando do art. 452-A da CLT, em seu parágrafo 1º o legislador afirma que, celebrado o contrato e havendo serviço a ser

prestado, com, pelo menos, três dias corridos de antecedência, o empregador, pode se utilizar de qualquer meio eficaz de comunicação, convocará o empregado para finalizar a prestação de serviço, devendo informar a jornada a ser cumprida.(ROMAR, 2018, p. 297) Quando for recebida a convocação pelo empregado, terá o prazo de um dia útil para responder, ou não, a oferta, nos moldes do art, 452-A §2º. Vale ressaltar que o silêncio indica a recusa do empregado.

Ao findar o período de prestação de serviços, obedecendo os prazos previstos nos parágrafos 1 e 2, o empregado receberá de imediato o pagamento da remuneração, férias proporcionais, décimo terceiro salário proporcional, repouso semanal remunerado e adicionais legais (452-A, §6º).

3.2 Colocações acerca do instituto do contrato de trabalho intermitente

O que se verifica é a existência de consenso entre diversos doutrinadores acerca das dificuldades que o trabalhador irá enfrentar com o novo modelo de contrato de trabalho, que visa sobretudo os benefícios do empregador. Além disso, cabe ressaltar que “a supracitada reforma objetivou flexibilizar e modernizar a legislação trabalhista brasileira, tendo esta flexibilização, como eixos norteadores, a redução dos custos empresariais e a ampliação das faculdades patronais na gestão da mão de obra” (FERNANDES, 2016).

Sendo assim, é evidente que o contrato de trabalho intermitente traz consigo a retirada de direitos do trabalhador, uma vez que o “regime jurídico do trabalho intermitente carece de regulamentação para afastar dúvidas sobre o seu conceito e enquadramento, de modo que seria de toda a conveniência uma lei em

condições de dirimir dúvidas, oferecer maior segurança para o contratante e, também, específicas os direitos para o contratado.”(NASCIMENTO, 2011, p. 1044) Como se pode observar quando há, em uma medida provisória, que teve sua vigência encerrada por não ser pautada nas casas do legislativo em tempo hábil, a regulamentação jurídica, a garantia do rol de direitos previstos pela Constituição.

Nas palavras de Carlos Henrique Bezerra,

“Essa modalidade contratual é, seguramente, uma das mais claras manifestações da superexploração do trabalho humano, pois equipara o trabalhador a uma máquina descartável, colocando, pois, em xeque o projeto constitucional brasileiro de construção da cidadania, da melhoria das condições sociais dos trabalhadores e de uma sociedade mais livre, justa e solidária.” (2018, p. 398).

Seguindo nesse viés, compreende-se que “o rol de garantias asseguradas ao trabalhador intermitente é pífio e, antes das alterações promovidas pela MP, inexistia. É um contrato que protege muito mais o empregador do que o empregado.” (D’ AMORIM, 2018 p. 39).

CONCLUSÃO

O presente artigo tem como objetivo, uma explicação do tópico de contrato de trabalho intermitente, nova modalidade de contrato de trabalho inserida pela Reforma Trabalhista, implementada em 2017. Para tal, fora feita uma explanação teórica acerca dos institutos, além de uma breve análise, à luz da legislação, com auxílio de doutrinadores e de operadores do direito, sobre a Lei 13.467/2017. Lei essa que institui uma “modernização” e “flexibilização” da Consolidação das Leis do Trabalho com a justificativa de controlar o desemprego em crescimento constante devido a crise financeira a qual

o Brasil se encontrava, e que, como visto, não trouxe segurança e nem garantias aos trabalhadores, sendo mais vantajosa para o empregador.

O que se observa com a supracitada análise é que a reforma trouxe em seu conjunto uma nova modalidade de contrato de trabalho, legalizando o trabalho intermitente. Esse instituto, diante de expressões de doutrinadores, trouxe insegurança jurídica para os trabalhadores, uma vez que as garantias constitucionais foram instituídas por uma medida provisória que deixou de existir, deixando evidente que o instituto carece de revisão por parte dos parlamentares.

Dessa forma chega-se à conclusão de que, embora seja necessária uma reforma trabalhista que objetiva a adequação de nossa legislação às novas estruturas e às modalidades de trabalho, é fundamental que respeite as garantias e direitos assegurados aos trabalhadores pela Constituição. Para tanto, deve ser implementada uma reforma que dê segurança jurídica para o trabalhador e não uma retirada de direitos desse visando a proteção do empregador e indo em desencontro com o princípio de proteção ao hipossuficiente.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO**, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em 09 de jun. de 2020

_____, **LEI Nº 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017 (REFORMA TRABALHISTA)**, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm> Acesso em 10 de jun. de 2020.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra **Curso de direito do trabalho** / Carlos Henrique Bezerra Leite. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva

Educação, 2018. 1. Direito do trabalho 2. Direito do trabalho - Brasil
I. Título.

D'AMORIM, Mariana Correia. **O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE**. 2018. 68 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018. Disponível em:
<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/26304/1/Mariana%20Correia%20D%27Amorim.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2020.

Romar, Carla Teresa Martins **Direito do trabalho** / Carla Teresa Martins Romar; coordenador Pedro Lenza. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Coleção esquematizado).

FERNANDES, Paulo Roberto. **A figura do contrato de trabalho intermitente do PL nº 6.787/2016 (Reforma Trabalhista) à luz do direito comparado**.

DIAS JUNIOR, Ivanderson Baldanza. **Trabalho intermitente — A Reforma Trabalhista e a Perigosa Implantação do Just In Time Nos Contratos de Trabalho no Brasil**. Jornal do 57º. Congresso de Direito do Trabalho.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Reforma trabalhista. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017

Dimensões críticas da reforma trabalhista no Brasil / Organizadores: José Dari Krein, Denis Maracci Gimenez, Anselmo Luís dos Santos. – Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2018.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. Coimbra: Almedina, 1989

GRUPO DE TRABALHO II:
Direito Coletivo do Trabalho

**REDUÇÃO SALARIAL E DE JORNADA DE TRABALHO NO
CENÁRIO DE PANDEMIA DA COVID-19: A
EXCLUSÃO DA ATUAÇÃO SINDICAL EM
AFRONTA À CONSTITUIÇÃO CIDADÃ¹²⁴**

***WAGE AND WORKDAY REDUCTION IN THE
COVID-19 PANDEMIC SCENARIO: THE
EXCLUSION OF UNION ACTION IN VIOLATION OF
THE CITIZEN CONSTITUTION***

*Cicília Araújo Nunes¹²⁵
Juliane Caravieri Martins¹²⁶*

RESUMO

A reforma trabalhista (Lei 13.467/2017) demonstra, de forma clara, o alinhamento do Brasil ao modelo neoliberal, tendo em vista a retirada maciça de direitos trabalhistas para privilegiar os anseios do capital. E é neste contexto de fragilidade de garantia dos direitos trabalhistas que a pandemia decorrente da Covid-19 assolou o Brasil, agravando a vulnerabilidade social dos trabalhadores. A pandemia da Covid-19 afetou fortemente o setor trabalhista, pois o isolamento social gerou a

¹²⁴ O presente estudo é oriundo do Grupo de Pesquisa **Reforma Trabalhista e os Retrocessos no Mundo do Trabalho: Perspectivas para a América Latina** vinculado à Universidade Federal de Uberlândia e cadastrado no CNPq.

¹²⁵ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU), na área de concentração em 'Direitos e Garantias Fundamentais', e graduada em Direito pela UFU. *E-mail: cicilia_nunes@hotmail.com.*

¹²⁶ Professora Adjunta da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e Doutora em Ciências da Integração da América Latina pela Universidade de São Paulo (USP). ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-8784-7914>. *E-mail: jcaravieri@ufu.br.*

redução drástica das atividades econômicas, ocasionando o fechamento de diversos estabelecimentos comerciais, por esse motivo, inúmeros postos de trabalho estão sendo perdidos. O Governo Brasileiro adotou algumas medidas para conter a crise em diversos segmentos, inclusive na área trabalhista. A problemática enfrentada no presente trabalho versa sobre a (in)constitucionalidade da autorização de redução salarial e de jornada por meio de acordo individual de trabalho. O objetivo do trabalho foi verificar a possibilidade, ou não, de afastamento das normas constitucionais em virtude do cenário de crise. Como metodologia, utilizou-se a revisão bibliográfica e o estudo da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6363. A pesquisa demonstrou a impossibilidade da redução salarial e de jornada por meio de acordo individual, uma vez que a Constituição Federal exige expressamente a negociação coletiva para alcançar tais finalidades.

Palavras-chave: Pandemia. Sindicatos. Redução Salarial. Redução de Jornada. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The labor reform (Law 13.467/2017) clearly demonstrates Brazil's alignment with the neoliberal model, with a view to the massive withdrawal of labor rights to privilege the capital interests. And it is in this context of fragile guarantee of labor rights that the pandemic resulting from Covid-19 devastated Brazil, aggravating the social vulnerability of workers. The Covid-19 pandemic strongly affected the labor sector, given that social isolation has led to a drastic reduction in economic activities, causing the closure of several commercial establishments, for this reason, countless jobs are being lost. The Brazilian Government has adopted some measures to contain the crisis in several segments, including the labor area. The problem faced in the present work deals with the (in) constitutionality of the authorization to reduce wages and working hours through an individual work agreement. The objective of the study was to verify

the possibility, or not, of departing from constitutional rules due to the crisis scenario. As a methodology, was used the bibliographic review and the study of the decision of the Supreme Federal Court in the judgment of the Direct Action of Unconstitutionality 6363. The research demonstrated the impossibility of reducing wages and working hours by means of an individual agreement, considering that the Federal Constitution expressly requires collective bargaining to achieve these purposes.

Keywords: Pandemic. Unions. Salary Reduction. Journey Reduction. Unconstitutionality.

INTRODUÇÃO

Os sindicatos sempre tiveram papel fundamental para a obtenção e garantia dos direitos trabalhistas. O trabalhador, individualmente, não possui força suficiente para negociar condições adequadas de trabalho, por essa razão, as justas negociações trabalhistas são conduzidas pelos movimentos coletivos, cuja representação máxima é o movimento sindical.

O presente artigo objetiva analisar a atuação do Governo Brasileiro perante a pandemia da Covid-19 em relação ao movimento sindical, evidenciando os problemas e as consequências das escolhas da atual gestão brasileira, especialmente em relação à redução salarial e jornada de trabalho.

Portanto, através do método dialético e da pesquisa bibliográfico-exploratória, foi investigado os impactos da pandemia de COVID-19 na redução de salário e de jornada de trabalho dos empregados sem que houvesse a participação dos sindicatos na negociação, sendo validados os acordos individuais firmados em nítida ofensa ao art. 7º, incisos VI e XIII da Constituição de 1988.

1 PANDEMIA POR COVID-19 E A EXCLUSÃO DOS SINDICATOS DAS NEGOCIAÇÕES TRABALHISTAS

A Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020 – posteriormente convertida na Lei 14.020/2020 – instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e estabeleceu medidas complementares para o enfrentamento da pandemia decorrente do novo coronavírus (Covid-19).

A referida MP, atualmente convertida em lei, autoriza a redução proporcional de jornada de trabalho e de salários e a suspensão temporária do contrato de trabalho, inclusive por meio de acordo individual, para os empregados com salário igual ou inferior a R\$ 3.135,00 (três mil, cento e trinta e cinco reais). Também permite as mesmas medidas para portadores de diploma de nível superior que recebam salário mensal igual ou superior a duas vezes o teto dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (RGPS). Nesses casos, os trabalhadores terão direito a receber um benefício para atenuar as perdas financeiras, denominado Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda.

Contudo, tais previsões contrariam expressamente a Constituição Federal de 1988, pois a redução da jornada de trabalho e de salários é condicionada à realização de negociação coletiva, conforme prevê o art. 7º, incisos VI e XIII, da CF/88. Por essa razão, o partido Rede Sustentabilidade ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6363 perante o Supremo Tribunal Federal (STF).

A ADI 6363 pediu a suspensão das regras que autorizam a redução salarial e a suspensão de contratos de trabalho mediante acordo individual – previstas na antiga MP 936 e atual Lei 14.020 – por violar os seguintes dispositivos constitucionais: art. 7º, incisos VI,

XIII e XXVI, e art. 8º, incisos III e VI. O partido Rede Sustentabilidade argumenta que a medida afronta o princípio constitucional da proteção, que fornece segurança aos empregados, parte mais vulnerável na relação trabalhista.

Além disso, defende a indispensabilidade das negociações coletivas com a finalidade de evitar que os trabalhadores flexibilizem seus direitos, de forma coercitiva, em troca da manutenção de suas ocupações. Por fim, o partido sustenta que a irredutibilidade salarial é uma garantia constitucional intrinsecamente ligada aos princípios da dignidade humana e do valor social do trabalho (STF, 2020b).

O relator da ADI 6363, Ministro Ricardo Lewandowski, deferiu uma medida cautelar na ação determinando que os acordos individuais de redução de jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária de contrato de trabalho deveriam ser comunicados aos sindicatos de trabalhadores em até 10 dias para que se manifestassem sobre a sua validade, e a não manifestação do sindicato dentro do prazo fixado na legislação trabalhista, a exemplo do art. 617 da CLT, representaria a anuência em relação ao acordo (STF, 2020a).

De acordo com o Ministro Ricardo Lewandowski, constituiria precedente perigoso afastar a vigência de normas constitucionais asseguradoras de direitos e garantias fundamentais, diante do momento de calamidade pública pelo qual passa o Brasil (STF, 2020c). Nesse sentido, destacou que (STF, 2020c):

[...] a experiência tem demonstrado que justamente nos momentos de adversidade é que se deve conferir a máxima efetividade às normas constitucionais, sob pena de graves e, não raro, irrecuperáveis retrocessos. De forma tristemente recorrente, a história da humanidade tem revelado que, precisamente nessas ocasiões, surge a tentação de suprimir – antes mesmo de quaisquer outras providências – direitos arduamente

conquistados ao longo de lutas multisseculares. Primeiro, direitos coletivos, depois sociais e, por fim, individuais. Na sequência, mergulha-se no caos!

O Ministro Lewandowski pontuou ser impensável conceber que a medida pretendesse que os sindicatos, ao receberem a comunicação dos acordos individuais, simplesmente os arquivassem, pois isso contrariaria a própria razão de ser dessas entidades (STF, 2020c).

Ainda de acordo com relator, a comunicação ao sindicato prestigia o diálogo entre todos os atores sociais envolvidos na crise econômica resultante da pandemia para que seja superada de forma consensual, segundo o modelo tripartite recomendado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), e permite que os acordos individuais sejam supervisionados pelos sindicatos, para que possam, caso vislumbrem algum prejuízo para os empregados, deflagrar a negociação coletiva (STF, 2020c).

Entretanto, mesmo diante do conteúdo nitidamente inconstitucional das alterações legislativas em debate, o Plenário do STF não referendou a medida cautelar deferida pelo Ministro Ricardo Lewandowski na ADI 6363. O Plenário do STF manteve a eficácia da regra da Medida Provisória 936/2020 (atual Lei 14.020/2020), que autoriza a redução da jornada de trabalho e do salário ou a suspensão temporária do contrato de trabalho por meio de acordos individuais em razão da pandemia do novo coronavírus, independentemente da anuência dos sindicatos da categoria (STF, 2020d).

Prevaleceu a divergência aberta pelo Ministro Alexandre de Moraes. O referido ministro entende que, em razão do momento excepcional, a previsão de acordo individual é razoável, pois garante uma renda mínima ao trabalhador e preserva o vínculo de emprego ao fim da crise. Também sustentou que a exigência de atuação do

sindicato, abrindo negociação coletiva ou não se manifestando no prazo legal, geraria insegurança jurídica e aumentaria o risco de desemprego. Acompanham esse entendimento os seguintes ministros: Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Dias Toffoli (STF, 2020d).

Ficaram vencidos, além do relator, o Ministro Edson Fachin e a Ministra Rosa Weber. O Ministro Edson Fachin sustentou, em seu voto, que a Constituição Federal assegura que a redução salarial só pode ocorrer mediante negociação coletiva, dessa forma, não há espaço para que a legislação ordinária substitua a regra constitucional que determina a participação sindical em acordos com essa finalidade (STF, 2020d).

2 O DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O AGRAVAMENTO DAS VULNERABILIDADES DO TRABALHADOR ANTE A PANDEMIA

Após analisar os dispositivos relativos às garantias trabalhistas editados pelo Governo Brasileiro para enfrentar a pandemia por Covid-19, bem como o posicionamento do STF acerca da questão, surge a necessidade de examinar a conjuntura atual e destacar soluções alinhadas ao pacto social firmado pela Constituição Federal de 1988.

Inicialmente, é importante destacar que a Constituição Federal de 1988 consagrou a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho como fundamentos da República Federativa do Brasil. Além disso, a Constituição determinou, como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais; e a promoção do bem de todos.

Tais fundamentos e objetivos constituem o núcleo essencial do

Estado Brasileiro. Essas são as bases do modelo de sociedade instituído pelo poder constituinte, que apenas se efetivará por meio da valorização do trabalho e da figura do trabalhador.

A redução das abissais desigualdades que permeiam a estrutura brasileira exige tomadas de decisões que levem a sério os mandamentos constitucionais, e, claramente, o Governo Brasileiro não optou por trilhar o caminho da garantia dos direitos constitucionais sociais no enfrentamento à pandemia – escolha chancelada, inclusive, pelo STF, órgão máximo do Poder Judiciário responsável por garantir, em tese, a Constituição Federal.

Em virtude da pandemia enfrentada atualmente pelo Brasil, assume destaque o que se convencionou chamar de jurisprudência de crise, que se refere às decisões tomadas em situações excepcionais para se adequar às necessidades do momento, podendo, para tanto, tratar determinados temas de forma diferente do que normalmente seriam tratados (FERREIRA; FERREIRA, 2020, p. 27).

Porém, tal hipótese não se confunde com a possibilidade de interpretar os dispositivos normativos de forma contrária à Constituição Federal sob o argumento de que a anormalidade do momento, por si só, justifica o afastamento das normas constitucionais. Nesse sentido, admite-se o tratamento de determinados temas de maneira diversa da usual, contudo, todas as decisões precisam respeitar os limites estabelecidos em sede constitucional (FERREIRA; FERREIRA, 2020, p. 27-28).

Dessa forma, não há como negar o cenário excepcional causado pela pandemia de Covid-19, o que não pode ocorrer é o afastamento das normas constitucionais, pois o respeito à Constituição não está condicionado às situações de normalidade.

O próprio texto constitucional determina os caminhos a serem seguidos em situações de excepcionalidade, inclusive em relação à

redução salarial e de jornada. Vejamos o teor do art. 7º, incisos VI e XIII, da CF/88:

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

[...]

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

[...]

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Os referidos dispositivos constitucionais determinam a forma ordinária de tratar os temas em discussão, destacando a impossibilidade de redução salarial e de jornada. Entretanto, a própria Constituição, ao final dos dispositivos supracitados, define a forma como esses direitos podem ser ajustados diante de uma situação excepcional: por meio de acordo ou convenção coletiva de trabalho, apenas.

Por essa razão, não é razoável excluir as negociações coletivas de trabalho no cenário atual de pandemia, pois a anormalidade do momento não autoriza a anulação dos preceitos constitucionais. A redução salarial e de jornada não é proibida em termos absolutos pela Constituição, porém, o procedimento para obter tal redução é expressamente determinado (negociação coletiva), motivo pelo qual o acordo individual não pode ser utilizado nessa hipótese.

Dessa forma, o Plenário do STF, ao cancelar a redução salarial e de jornada por meio de acordo individual, não cumpriu, *data venia*, seu papel de guardião da Constituição Federal:

A decisão do Pretório Excelso, nesse contexto, abre precedente extremamente perigoso para a democracia brasileira, haja vista que possibilita a supressão de

direitos fundamentais sem amparo constitucional, ao sabor das conveniências e dos gestores do momento. Situações de calamidade pública não podem, em hipótese alguma, justificar o arbítrio. Hoje, foram esses os direitos fundamentais violados; quais serão os de amanhã? (FERREIRA; FERREIRA, 2020, p. 28-29)

Diante do exposto, verifica-se que o STF perdeu grande oportunidade de reafirmar a supremacia constitucional em toda e qualquer circunstância, inclusive em cenário de força maior (MACHADO; GONÇALVES, GUZANSKY, 2020, p. 46).

CONCLUSÃO

A anormalidade causada pela pandemia da Covid-19 configura, sem dúvidas, um momento de excepcionalidade, situação que exige a reavaliação de diversas questões para atender às necessidades atípicas da atual conjuntura.

O tratamento de questões de maneira diversa da usual é indispensável para alcançar soluções em cenários de crise. Contudo, frisa-se a necessidade de respeitar os limites impostos pela Constituição Federal, tendo em vista que o cumprimento das normas constitucionais não é – e nem poderia ser – condicionado às situações de normalidade.

O pacto social firmado pela Constituição fixa as bases do Estado Democrático e Social de Direito Brasileiro, tal núcleo essencial não pode ser abandonado em hipótese alguma, sob pena de instauração do caos.

A pandemia agiganta as vulnerabilidades sociais do país, e retirar a participação sindical das negociações trabalhistas afronta nitidamente os preceitos fundamentais e sociais insculpidos na Carta Magna. A desproteção ao trabalhador é notória e o desrespeito à

Constituição é inquestionável. Se o STF não está defendendo os preceitos constitucionais, é preciso questionar quais interesses está privilegiando – aos do capital, aparentemente.

A supremacia da dignidade humana, a valorização constitucional concedida ao trabalho e o princípio da proteção não autorizam que a conta da pandemia por Covid-19 seja entregue à parte mais vulnerável, ou seja, ao trabalhador.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 4 ago. 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1º maio 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/dele5452.htm. Acesso em: 6 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 14.020, de 6 de julho de 2020. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 6 jul. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/L14020.htm. Acesso em: 4 ago. 2020.

BRASIL. Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1º abr. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm. Acesso em: 4 ago. 2020.

FERREIRA, Vanessa Rocha; FERREIRA, Versalhes Enos Nunes. A redução da jornada de trabalho e do salário por acordo individual: a jurisprudência de crise e a impossibilidade de afronta a preceito constitucional. In: NEMER NETO, Alberto; ROCHA, Cláudio Jannotti da; RIZK FILHO, José Carlos (Coords). **Direito do trabalho e o coronavírus**. Porto Alegre: OAB Nacional/LexMagister, 2020. v. II. p. 21-29.

MACHADO, Fábio Siqueira; GONÇALVES, Tiago Figueiredo; GUZANSKY, Bruno José Calmon du Pin Tristão. O coronavírus e as reduções de jornada e de salário autorizadas pela medida provisória n. 936/2020. In: NEMER NETO, Alberto; ROCHA, Cláudio Jannotti da; RIZK FILHO, José Carlos (Coords). **Direito do trabalho e o coronavírus**. Porto Alegre: OAB Nacional/LexMagister, 2020. v. II. p. 40-47.

STF (Supremo Tribunal Federal). **Julgamento de liminar que determina consulta a sindicato para acordos de redução salarial continua nesta sexta (17)**. 2020a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441544>. Acesso em: 4 ago. 2020.

STF (Supremo Tribunal Federal). **Rede contesta programa emergencial que autoriza redução salarial e suspensão de contratos de trabalho**. 2020b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=440733>. Acesso em: 4 ago. 2020.

STF (Supremo Tribunal Federal). **Relator nega embargos contra decisão sobre obrigatoriedade da participação de sindicatos em acordos de redução de salário**. 2020c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441245> Acesso em: 4 ago. 2020.

STF (Supremo Tribunal Federal). **STF mantém possibilidade de redução de salários por acordo individual em decorrência da pandemia.** 2020d.

Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441651>. Acesso em: 4 ago. 2020.

**A PRECARIZAÇÃO DAS NOVAS RELAÇÕES
LABORAIS ENFRENTADAS PELOS
TRABALHADORES IMIGRANTES EM RAZÃO DA
REFORMA TRABALHISTA E SOBRE O DIREITO
FUNDAMENTAL À SINDICALIZAÇÃO.**

***THE PRECARIOUS NEW WORK RELATIONSHIPS
FACED BY MIGRANT WORKERS DUE TO THE
LABOR REFORM AND THE FUNDAMENTAL
RIGHT OF UNIONIZATION.***

*Flávia Francisca Silva Montes*¹²⁷

*Alexandra Silva Montes*¹²⁸

RESUMO

O presente artigo possui por objetivos: 1) analisar de que maneira a reforma trabalhista colaborou na criação de novas relações laborais desregulamentadas, precarizadas e sem segurança jurídica na contemporaneidade entre trabalhadores imigrantes e, 2) discorrer sobre o direito fundamental à sindicalização do mesmo grupo de trabalhadores por meio da Lei de Migração e, expor os pareceres de defesa da liberdade sindical pelos membros do MPT e MPF, fiscais da ordem jurídica. Trata-se de um estudo com abordagem qualitativa que envolve pesquisa bibliográfica. Do ponto de vista metodológico,

¹²⁷ Autora: Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela PUCPR. Pós-graduada em Direito e Processo Previdenciário pela PUCPR. E-mail: flaviamontes@hotmail.com

¹²⁸ Orientadora coautora: Mestre em Análise do Discurso Literário pela Sorbonne Paris IV. Doutoranda em Études Lusophones na Sorbonne-Nouvelle Paris 3. E-mail: alexandramontesfr@gmail.com

o recorte temporal escolhido para tratar do tema foi o ano de 2017, ano marcado por mudanças legislativas trabalhistas (reforma trabalhista) e de direitos humanos (Lei de Migração). Busca-se, portanto, concluir se o Estado tem assegurado aos trabalhadores imigrantes os direitos fundamentais sociais, trabalhistas e sindicais, visando assegurar os princípios da dignidade humana e o da vedação do retrocesso social.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista. Liberdade Sindical. Trabalhadores Imigrantes. Direitos Fundamentais Sociais. Direitos Humanos.

ABSTRACT

The purposes of this article are: 1) to analyze in which ways the labor reform collaborated by creating new deregulated labor relationships, job insecurity and absence of legal security in the contemporary labor era among migrant workers. 2) to discuss about the fundamental right of unionization of this group of workers according to the migrant law and, to examine the performance of the Federal Judiciary members about this guarantee. This article has a qualitative approach and bibliographical research. In order to develop the theme, the chosen period of this study is the year of 2017 mainly because the Brazilian legislators, during this period, published the labor reform and the migrant law. So, the aim of this research is to conclude if the Brazilian state is ensuring to these group of workers their fundamental social rights, labor and unionization rights, in order to assure important principles such as the dignity of human being and the social retrocession prohibition.

Keywords: Labor Reform. Unionization. Migrant Workers. Fundamental Social Rights. Human Rights.

INTRODUÇÃO

A reforma trabalhista (Lei nº 13.467/17) mudou a faceta protetora intrínseca do Direito do Trabalho fazendo com que as relações laborais se tornassem fragilizadas e desprotegidas pelo hoje, contestado, estado de bem estar social.

Com o advento da reforma trabalhista novas relações laborais surgiram na contemporaneidade sendo estas caracterizadas sobretudo pela desregulamentação, precariedade do trabalho e das garantias sociais, levando o trabalhador imigrante a uma percepção de insegurança jurídica e maior vulnerabilidade social dentro da sociedade brasileira.

Apesar do tema da liberdade sindical ter sido regulamentado por diversos tratados de direitos humanos a nível internacional, somente com a inovadora e humanitária Lei de Migração (Lei nº 13.445/17) estabeleceu-se um marco de ampla incidência na positivação dos direitos humanos e sindicais dos trabalhadores imigrantes.

Insta ressaltar, a importante participação dos membros do Ministério Público do Trabalho e do Ministério Público Federal na defesa do direito da liberdade sindical dos trabalhadores imigrantes, já que estes cidadãos estrangeiros são titulares de direitos fundamentais por contribuírem com o seu labor na vida econômica e no desenvolvimento do Brasil.

1 DOS IMPACTOS DA REFORMA TRABALHISTA NA PRECARIZAÇÃO DAS NOVAS RELAÇÕES LABORAIS ENTRE TRABALHADORES IMIGRANTES.

A despeito de toda regulamentação dos direitos sociais trabalhistas positivados pela Consolidação das Leis do Trabalho de 1943 e pela Constituição Federal de 1988, com a aprovação da recente reforma trabalhista, o direito do trabalho perdeu um de seus principais objetivos que era garantir proteção social e justiça social a todos os trabalhadores, sejam eles nacionais ou estrangeiros, no território brasileiro.

Apesar da falta de apoio popular ao projeto da reforma trabalhista (PL nº 6.787/2016) por meio de uma consulta pública, realizada no site do Senado, este foi votado de igual maneira, pelos representantes do povo brasileiro, em regime de urgência sendo, desta forma, aprovada a Lei nº 13.467/17 visando a recuperação econômica do Brasil.

Não obstante as prejudiciais alterações advindas em decorrência da Lei nº 13.467/17 (reforma trabalhista), posteriormente também ocorreram outras mudanças na legislação trabalhista, v.g., edição da Lei nº 13.429/2017 (terceirização irrestrita), Lei nº 13.874/2019 (declaração dos direitos de liberdade econômica) e a Medida Provisória nº 905/2019 (contrato verde e amarelo) que perdeu a sua validade por falta de consenso entre os senadores pelo conteúdo da medida provisória.

As reformas trabalhistas essencialmente visam combater o estado de bem-estar social provocando impactos negativos nas relações laborais e; como consequência, há a desregulamentação dos direitos sociais em prol de uma maior liberdade econômica. Nesta doutrina socioeconômica, Bordoni (2016, p. 26) defende que: “[...] o

cidadão é obrigado a cuidar de seu próprio bem-estar social [...]” Ou seja, o Estado se afasta enquanto provedor das políticas públicas sociais aos mais necessitados dando origem ao conceito do sociólogo Bordoni (2016, p. 73) denominado “self-made man”, ou seja, o cidadão que se forma com o seu próprio esforço e empenho.

Como consequência da falta de emprego formal em razão da reforma trabalhista novos trabalhos se formaram na contemporaneidade, tais como: 1) o aumento no número dos trabalhos informais, 2) crescimento dos trabalhos em condições análogas à escravidão e, 3) dos trabalhos autônomos: em que alguns imigrantes assumem os riscos de seu próprio negócio em prol de auferirem o mínimo vital à sobrevivência.

Além disso também houve a criação do contrato de trabalho intermitente que nas lições da professora Cassar (2017, p. 13) apenas teve por objetivo:

[...] autorizar a jornada móvel variada e o trabalho variável (“bico”), isto é, a imprevisibilidade da prestação de serviço, ferindo de morte os princípios da segurança jurídica e a proteção do trabalhador. (CASSAR, 2017, p. 13)

Uma das consequências do crescimento do número de casos de trabalhos análogos à escravidão é a intensa burocracia e demora no processo de regulamentação migratória dos imigrantes fazendo com que estes trabalhadores aceitem aviltantes e humilhantes propostas de trabalho submetendo-se, desta forma, a jornadas exaustivas, supressão de direitos laborais e baixa remuneração. É o que se constata nos ensinamentos de Guimarães (2016, p. 107):

“[...] sem a regularização migratória os imigrantes bolivianos e, agora os haitianos, permanecem marginalizados, tornando-se sujeitos invisíveis e desprotegidos.” (GUIMARÃES, 2016, p. 107)

Adicionalmente, outros trabalhadores estrangeiros viram-se obrigados a assumir trabalhos terceirizados em que ganham menos e, custam pouco para o empregador. Ou seja, a reforma trabalhista expõe o trabalhador imigrante a uma maior vulnerabilidade e exclusão social acentuando a desigualdade, xenofobia, o racismo, preconceito e, a insegurança jurídica.

Dentre os impactos da reforma trabalhista que afetam as novas relações laborais podem-se mencionar: prevalência do negociado sobre o legislado, terceirização das atividades fim, redução do tempo de descanso, precificação do assédio moral diretamente proporcional ao salário do empregado, contrato de trabalho intermitente, etc. Desta forma, o trabalho digno que é um fundamento da Carta Magna (art. 170 e art. 1º, III, da CF/88) está sendo afrontado e menosprezado.

Devido às novas relações laborais enfrentadas pelos trabalhadores imigrantes houve como consequência a redução da renda mensal interferindo negativamente nas remessas financeiras destinadas aos familiares que vivem em outros países. Especificamente com relação à migração sob o enfoque de gênero está a lição do sociólogo Beck (2018, p. 39): “mães migram para países distantes, para ganhar dinheiro, deixando seus filhos em casa, a fim de lhes dar opções melhores de vida.”

Assim a reforma trabalhista fez com que os trabalhadores imigrantes fossem expostos à novas situações laborais de prejudicialidade e desregulamentação (trabalhos informais, terceirizados, contratos intermitentes), de violação aos direitos humanos (trabalhos em situação análoga à escravidão) e trabalhos em que o imigrante teve que buscar a autossuficiência (trabalhador autônomo).

Nos ensinamentos de Saladini (2012, p. 224) visando reverter esse quadro de exclusão social deve-se propiciar: “[...] a todo

trabalhador, independentemente de sua nacionalidade, condições de acesso ao trabalho decente.” Portanto, para o dilema do flagelo social da precarização das novas políticas laborais, nos ensinamentos de Alvarenga (2009, p. 92) o Estado: “[...] precisa estar voltado para assumir políticas públicas, dirigidas à busca do pleno emprego e à redistribuição de renda no país [...].”

E, em decorrência, das perversas medidas neoliberais, os cidadãos brasileiros e estrangeiros devem cobrar de seus representantes eleitos o respeito das normas trabalhistas e a geração de emprego visando assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana e da vedação do retrocesso social.

2 DO DIREITO À SINDICALIZAÇÃO DO TRABALHADOR IMIGRANTE.

2.1A liberdade sindical como direito fundamental do trabalhador imigrante.

No que tange aos direitos fundamentais, a Constituição Federal de 1988, prescreve em seu art. 5º, caput, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza devendo-se garantir aos brasileiros e estrangeiros que residem no país direitos invioláveis como: à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Não obstante o constituinte ter limitado o direito do imigrante não residente no Art. 5º da CF/88 deve-se fazer uma interpretação extensiva englobando-o como sujeito de direito no ordenamento jurídico, como preconiza Sarlet (2015, p. 577) em seus ensinamentos:

Titulares do direito são tanto as pessoas físicas quanto as pessoas jurídicas [...]. Também os estrangeiros não residentes, considerando o teor do art. 5º, caput, da CF/88 e a sua interpretação extensiva (incluída)

privilegiada pela doutrina e jurisprudência brasileira, são titulares do direito à igualdade, em especial do direito a não serem arbitrariamente discriminados [...]. (SARLET, 2015. p. 577).

Desta forma, de acordo com este preceito não deve haver distinção e tratamento discriminatório entre os trabalhadores imigrantes e os nacionais visto que os direitos sociais são direitos fundamentais e humanos de segunda geração, tendo como titulares a pessoa humana.

Atualmente, observa-se, que muitas ONGs e pastorais, tais como Caritas SP, Caritas RJ e IMDH (Instituto Migrações e Direitos Humanos de Brasília) etc., têm apoiado a luta do trabalhador imigrante na defesa de seus direitos brindando-lhes uma proteção mais democrática. Nesse mesmo sentido corrobora Nascimento (2015, p. 98) com relação aos sindicatos: “[...] uma forte concorrência vem de fora, das ONGs, que crescem e defendem interesses sociais relevantes, e não só daqueles que têm emprego com carteira assinada.”

Sob um outro aspecto, com relação à liberdade sindical do trabalhador imigrante o Estatuto do Estrangeiro, de 1980, que restringia e limitava os direitos dos imigrantes de participar da administração ou da representação de sindicato e de associação profissional (art. 106, VII) foi revogado por possuir inúmeras incompatibilidades com a Constituição Federal de 1988.

Antes de sua revogação foi criado o projeto de lei nº 2516/15 e, posteriormente, este foi convertido na Lei nº 13.445/17 (Lei de Migração) que introduziu um novo marco regulatório na ampliação dos direitos dos trabalhadores imigrantes assegurando-lhes, desta forma, tratamento humanitário e perspectivas de direito com fundamentos garantistas.

Um grande avanço ocorreu com a normatização do Art. 4º, § 1º, que regula que os direitos e as garantias previstos na Lei de Migração devem observância à Constituição Federal independentemente da situação migratória do cidadão estrangeiro.

Portanto, de acordo com a Lei de Migração em seu Art. 4º, VII, é assegurado ao trabalhador imigrante o direito de associação, inclusive sindical, para fins lícitos.

2.2 Dos instrumentos jurídicos internacionais de proteção à liberdade sindical dos trabalhadores imigrantes e da internacionalização dos tratados no Brasil.

Com relação aos instrumentos jurídicos internacionais de proteção à liberdade sindical dos trabalhadores imigrantes vários tratados asseguram esta garantia da sindicalização como: a Convenção nº 98 da OIT referente ao direito de sindicalização e negociação coletiva, Convenção nº 87 da OIT sobre a liberdade sindical e proteção ao direito de sindicalização (não ratificada pelo Brasil), Convenção nº 97 da OIT sobre os trabalhadores imigrantes, Convenção nº 19 da OIT referente à igualdade entre os estrangeiros e os nacionais e sobre a indenização por acidente do trabalho, Convenção nº 143 da OIT a respeito da promoção da igualdade de oportunidade e tratamento entre os trabalhadores migrantes (não ratificada pelo Brasil).

Além disso, dentre outros instrumentos internacionais de defesa dos interesses dos trabalhadores imigrantes e de sua liberdade sindical estão: a Declaração da Filadélfia de 1944 (emanada da Conferência Internacional do Trabalho da OIT), a Declaração Universal dos Direitos Humanos, dos Pactos Internacionais de Direitos Humanos de 1966: Pacto Internacional sobre os Direitos

Civis e Políticos e Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Convenção Americana de Direitos Humanos (popularmente conhecida como Pacto de San José da Costa Rica).

Quanto ao fenômeno da internacionalização dos Tratados no Brasil o procedimento deve ocorrer de acordo com o Art. 5, § 3º, da CF/88, ou seja, equivalente à emenda constitucional (EC nº 45/2004), e deve haver a ratificação dos mesmos posteriormente.

Portanto, todos os tratados de direitos humanos que vigoram no Brasil são supralegais (e infraconstitucional), com exceção daqueles que foram ratificados de acordo com o Art. 5º, § 3º da CF/88, que equivalem à emenda constitucional.

Apesar desse posicionamento majoritário defendido pelo STF, o da supralegalidade dos tratados de direitos humanos, ou seja, de estarem abaixo da Constituição, mas acima das leis ordinárias, há críticas com relação a esse entendimento. O fundamento da defesa é o de que há os tratados com status de supralegalidade e os tratados com status de emenda constitucional.

Portanto, cada Estado soberano estabelece as suas normas internas para a aplicação dos tratados. Logo, não foram adotados os institutos da aplicabilidade imediata dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro.

Em tese contrária Mazzuoli (2018, p. 112) defende que “os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil podem ser imediatamente aplicados” já que representam direitos e garantias fundamentais.

Apesar da consagração pelo STF da tese da supralegalidade dos tratados de Direitos Humanos há autores que compartilham do entendimento de que o reformador constitucional deveria ter dado a hierarquia constitucional a todos os tratados de Direitos Humanos, e

se houvesse um eventual conflito poderia ser dada a disposição mais benéfica à pessoa.

2.3 O papel do Ministério Público do Trabalho e do Ministério Público Federal na defesa dos direitos sindicais dos trabalhadores imigrantes.

O tema das liberdades sindicais dos trabalhadores imigrantes está positivado no art. 8º, caput, Constituição Federal de 1988, normatizando que é livre a associação profissional ou sindical de todos os trabalhadores para a defesa de seus direitos laborais sem ao menos mencionar qualquer restrição à nacionalidade.

Com relação ao papel do Ministério Público do Trabalho na defesa das liberdades sindicais dos trabalhadores imigrantes pode-se citar a participação dos procuradores do trabalho: Dr. Ronaldo Curado Fleury, Procurador Geral do Trabalho, e da coordenadora do Grupo Permanente de Trabalho do MPT no Paraná, Dra. Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes que subscreveram um ofício dirigido ao Presidente da Comissão Especial sobre o projeto de lei nº 2516/2015 (projeto que antecedeu a Lei de Migração).

O enfoque do ofício de ambos os procuradores foi no sentido de que o presidente da comissão especial no Congresso Nacional, Orlando Silva, pudesse visualizar as estratégias do MPT visando a melhoria na redação no referido projeto para que não houvesse discriminação entre trabalhadores imigrantes com status de regularidade ou de irregularidade antes mesmo da aprovação da Lei de Migração.

A razão para o ofício se deu, dentre outros relevantes pontos, porque o art. 4º, § 5º do referido projeto de lei fazia uma distinção entre imigrantes regulares e irregulares e, desta forma o projeto de lei

deixava de tratar o imigrante irregular como um sujeito de direito. Ademais, na redação original do referido projeto em seu art. 4º, VII, a liberdade sindical somente seria afirmada e destinada aos trabalhadores imigrantes regulares. Ou seja, os trabalhadores estrangeiros em situação de irregularidade não seriam detentores do direito à liberdade sindical.

Com a pertinente participação dos membros do Ministério Público do Trabalho do Paraná, visando assegurar a garantia da liberdade sindical a todos os trabalhadores imigrantes, o artigo 4º, § 5º, que então fazia uma discriminação entre os imigrantes com status de regularidade e de irregularidade foi reparado na publicação do novo texto da Lei de Migração.

Portanto, na Lei de Migração (Lei 13.445/17) foi assegurado ao trabalhador imigrante, de acordo com o Art. 4º, VII, o direito de associação, inclusive sindical com finalidades lícitas. O grande aperfeiçoamento da legislação ocorreu em relação ao Art. 4º, § 1º, que regulou que os direitos e as garantias previstos na referida Lei de Migração devem observância à Constituição Federal independentemente da situação migratória do cidadão estrangeiro.

Desta forma, a Lei de Migração, nas lições de Mazzuoli (2019, p. 419): “[...] estabelece mecanismos de regularização migratória mais facilitários e descriminaliza o migrante em razão da situação migratória [...]”

Sob outra perspectiva, com o objetivo de demonstrar as inúmeras incompatibilidades do revogado Estatuto do Estrangeiro (1980) com os preceitos garantistas da Constituição Federal de 1988 pode-se exemplificar a participação dos membros do Ministério Público Federal nos seguintes casos: 1) no caso da professora concursada de nacionalidade italiana, Maria Rosaria Barbato, que

vivia no Brasil e, dava aulas de Direito do Trabalho na UFMG (Universidade Federal de Minas Gerais).

A professora em tela foi acusada de participar de atividades sindicais e partidárias de acordo com a Polícia Federal, que instaurou um inquérito contra ela no dia 03/03/2016 sob nº. 310/2016-4 . De acordo com o Estatuto do Estrangeiro, Lei 6.815/80, em seus artigos 106 e 107 as pessoas que não são brasileiras não poderiam participar dessas atividades, o que configurou violação à lei. O Ministério Público Federal impetrou um habeas corpus em favor da professora e, o processo foi arquivado posteriormente.

O MPF (Ministério Público Federal) defendeu a ideia de que o Estatuto do Estrangeiro não foi recepcionado pela CF/88 e, assim fundamentou o seu posicionamento não somente com base no Art. 5º da CF/88, mas também nos direitos sociais, trabalhistas e da garantia da liberdade sindical que deve ser assegurada a todos trabalhadores estrangeiros no país.

O segundo caso semelhante aconteceu com um metalúrgico espanhol residente no Brasil

que participava da Comissão de Fábrica dos Trabalhadores da Ford. Assim como a professora italiana, ele era alvo de inquérito policial que o acusava de ilegalmente atuar em organização sindical. (RODRIGUES, 2016)

Referido trabalhador espanhol José Lopez Feijóo também impetrou um Habeas Corpus e houve uma decisão favorável ao caso que foi julgado pelo desembargador federal Célio Benevides. Como consequência, o metalúrgico espanhol continuou com a sua atuação sindical tornando-se vice-presidente da Central Única dos Trabalhadores (CUT) entre os anos de 2009 a 2012.

CONCLUSÃO

É incontroverso que o conceito de estado de bem estar social representa um panorama utópico e contestável na contemporaneidade. Apesar de toda positivação dos direitos sociais pela CF/88 e CLT de 1943 as relações laborais tornaram-se fragilizadas em prol de uma aclamada recuperação financeira do mercado - por meio da reforma trabalhista - que nunca existiu.

Como consequência da reforma trabalhista (Lei nº 13.467/17) e de outras alterações legislativas posteriores, as relações laborais entre os trabalhadores imigrantes foram marcadas pela desregulamentação fazendo com que os novos trabalhos, caracterizados pela informalidade, precarização e pelos retrocessos, ficassem tacitamente afirmados como a nova normalidade brasileira. Ou seja, a reforma fomentou profundas desigualdades sociais, maior vulnerabilidade e insegurança jurídica aos imigrantes.

Ainda de acordo com as garantias estabelecidas no art. 6º da CF/88 os trabalhadores imigrantes sofreram supressão de seus direitos fundamentais sociais em decorrência da reforma trabalhista. Além disso, a precariedade e flexibilização do trabalho afetam a redução da qualidade de vida e dos salários dos trabalhadores imigrantes, constrangendo e embaraçando o procedimento das remessas financeiras internacionais aos familiares.

Sob o ponto de vista da garantia dos direitos fundamentais sociais, os trabalhadores imigrantes já eram titulares das liberdades sindicais normatizadas em vários instrumentos jurídicos (tratados) de proteção internacional e, agora também o são de acordo com o art. 4º, VII, da Lei de Migração.

Contudo, prescinde de vontade política e esforço por parte do Congresso Nacional para incorporar no ordenamento jurídico interno

brasileiro outras convenções da OIT, principalmente a de nº 87, que trata da liberdade sindical, em prol dos trabalhadores imigrantes. Todo o procedimento de acordo com o art. 5 § 3º da CF/88, ou seja, com status de emenda constitucional (EC 45/2004).

Apesar de estar normatizado no ordenamento jurídico que brasileiros e estrangeiros são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, de acordo com o art. 5º, caput, da CF/88 é irrefutável que sem a participação dos membros do MPT e do MPF, fiscais da ordem jurídica, as garantias e a efetividade das liberdades sindicais dos trabalhadores imigrantes no território brasileiro não estariam plenamente asseguradas. Por outro lado, com a aprovação da Lei de Migração e normatização de dispositivo assegurando a liberdade sindical aos cidadãos estrangeiros almeja-se que haja a fruição e percepção deste direito sem objeções ou entraves.

Portanto, em um mundo globalizado em que as migrações são uma constante, os políticos e a coletividade precisam repensar uma nova valorização dos direitos fundamentais laborais e sindicais dos trabalhadores imigrantes e implementar eficientes políticas sociais do pleno emprego visando assegurar os princípios da dignidade da pessoa humana e da vedação do retrocesso social.

REFERENCIAS:

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **O direito do trabalho como dimensão dos direitos humanos** São Paulo: LTR, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. BORDONI, Carlo. **Estado de crise**. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

BECK, Ulrich. **A metaformose do mundo**. Novos conceitos para uma nova realidade. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

BORGES, Leonardo Dias. CASSAR, Vólia Bomfim. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: Método, 2017.

GUIMARÃES, Priscilla de Brito Ataíde. **A imigração e a proteção do trabalho: O dilema entre a aplicação do Estatuto do Estrangeiro e a proteção trabalhista dos imigrantes bolivianos e haitianos**. São Paulo: LTR, 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Método, 2019.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 8. ed. São Paulo: LTR, 2015.

RODRIGUES, Leo. **MPF reage à intimação de professora estrangeira da UFMG pela polícia federal**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-05/mpf-reage-intimacao-de-professora-estrangeira-da-ufmg-pela-policia-federal>> Acesso em: 18 ago. 2020.

SALADINI, Ana Paula Sefrin. **Trabalho e imigração**. São Paulo: LTR, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. In: **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 396 - 577.

A AUTORIZAÇÃO COLETIVA, PRÉVIA E EXPRESSA PARA OS DESCONTOS DAS CONTRIBUIÇÕES SINDICAIS: UMA SOLUÇÃO JUSTA?

COLLECTIVE, PRIOR AND EXPRESS AUTHORIZATION FOR SINDICAL CONTRIBUTIONS: A FAIR SOLUTION?

*Gabriel H. Z. Furlan*¹²⁹

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar alguns dos argumentos favoráveis e contrários trazidos pela adoção da autorização coletiva, prévia e expressa para os descontos das contribuições sindicais como uma forma de possível solução para atual situação da contribuição sindical após a queda brusca queda arrecadatória advinda da reforma trabalhista. Essa solução acabou dividindo opiniões diante da complexidade do confronto principiológico existente e da aplicação de direitos constitucionais ao debate. Assim, uma possível solução muitas vezes abre debate ao conflito de ideias que acaba colocando em cheque se essa solução é justa e equânime.

Palavras-chave: contribuição sindical. reforma trabalhista. autorização coletiva. desconto sindical.

¹²⁹ Mestrando em Direito do Trabalho pela PUC/SP. Especialista em Direito do Trabalho pela USP. E-mail: gfurlan.adv@gmail.com

ABSTRACT

The present work aims to analyze some of the favorable and contrary arguments brought about by the adoption of collective, prior and express authorization for union contribution discounts as a possible solution to the current situation of union contribution after the sharp drop in tax revenue resulting from the reform labor. This solution ended up dividing opinions in view of the complexity of the existing principled confrontation and the application of constitutional rights to the debate. Thus, a possible solution often opens debate to the conflict of ideas that ends up putting into question whether that solution is fair and equitable.

Keywords: sindical contribution. labor reform. collective authorization. sindical discount..

INTRODUÇÃO

O sistema de financiamento das entidades sindicais é de suma importância no tocante a própria sobrevivência dos arts. 8º e 9º da Constituição Federal de 1988. Sem uma forma de financiamento não há luta sindical para manutenção dos direitos trabalhista.

Indubitavelmente a contribuição sindical é a principal fonte de renda. É nesse contexto que se desenvolve esse trabalho diante do corte no orçamento advindo com a Lei n. 13.467/217 que trouxe a facultatividade essa contribuição.

Em 2019 houve a publicação da Medida Provisória n. 873 que alterava o art. 582 da CLT determinando que a contribuição dos empregados fosse feita exclusivamente por meio de boleto bancário ou equivalente eletrônico que deveria ser encaminhado

obrigatoriamente à residência do empregado ou à sede da empresa.

Diante dessa nova perspectiva, a MP n. 873 trazia um desastre ainda maior nas contas sindicais já que obrigava os sindicatos em arcar com a emissão de boleto e a taxa de envio.

Nessa vereda, alguns sindicatos, bem como parte da doutrina passaram a entender que seria possível e lícita a autorização coletiva, prévia e expressa para os descontos das contribuições sindicais e assistenciais por assembleia geral, sendo independente de associação e sindicalização.

Ao desenvolver a pesquisa foi utilizado o método hipotético-dedutivo. Foram utilizados acervos eletrônicos bibliográficos da PUC/SP, o site de pesquisa de artigos científicos REDALYC, bem como os bancos de teses, dissertações e documentos em sítios na internet representados pelo site do BDTD (Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações), utilizando as palavras-chave “contribuição sindical” e “reforma trabalhista”.

Ademais, foram utilizados sites de pesquisa jurisprudencial, como é o caso dos sites oficial do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho, utilizando a base de pesquisa como “contribuição sindical”.

Por fim, o presente trabalho visa a análise de alguns dos argumentos contrários e favoráveis a essa autorização expressa, bem como trazer alguns temas satelitários que circundam o aspecto principal, mas que não deixam de ser importantes.

1 O FINANCIAMENTO SINDICAL BRASILEIRO

Primeiramente, conforme a lei justralhista, são quatro tipos

de contribuições existentes na atualidade: contribuição sindical “obrigatória/compulsória”; contribuição confederativa; contribuição assistencial e mensalidades dos associados do sindicato (DELGADO, 2018, p. 1597).

A primeira delas, a contribuição sindical “obrigatória/compulsória”, tem previsão no ordenamento jurídico brasileiro desde o momento da implantação do sistema sindical corporativista.

Essa contribuição é a receita recolhida uma única vez no ano e tem como beneficiário o próprio sistema sindical. Nesse raciocínio, o próprio conceito dessa contribuição já incorpora a sua vitalidade quanto a sobrevivência e manutenção do próprio sistema sindical (é o principal alimento vitamínico de toda máquina criada).

Essa contribuição corresponde a um dia de trabalho para os empregados, já para autônomos e liberais corresponde a 30% do maior valor de referência fixado pelo poder executivo e, para empregadores registrados na Junta Comercial (ou equivalente), será conforme tabela progressiva (art. 580, CLT).

Quanto a contribuição confederativa, está surgiu em 1988 (art. 8º, IV, CF). Essa contribuição visa financiar a cúpula do sistema sindical e é somente paga pelos associados (DELGADO, 2017, p. 113/114).

A contribuição assistencial (ou cota de solidariedade; taxa de reforço sindical; contribuição de fortalecimento sindical; contribuição negocial; entre nomenclaturas) a doutrina aponta, segundo análise histórica das leis, que surgiu na década de 1970 (DOS SANTOS, 2018).

Nessa vereda, contribuição assistencial se refere ao

recolhimento aprovado por Convenção Coletiva ou Acordo Coletivo de Trabalho para descontar em folha de pagamento dos sindicalizados visando conter gastos do sindicato com a própria negociação coletiva, tendo previsão na art. 513 da CLT (DELGADO, 2017, p. 115).

Por fim, a mensalidade dos associados são parcelas mensais pagas pelos sindicalizados associados para que possam gozar de todos os benefícios dados pelo sindicato, bem como para a manutenção da luta social (DELGADO, 2017, p. 116).

1.1 Análise sintética da cobrança do financiamento sindical dos seus associados

Deve ser ressaltado rapidamente nesse trabalho a interessante evolução quanto a cobrança dos associados quanto as contribuições voltadas ao financiamento sindical.

Nesse sentido, até a Constituição de 1988 predominava na jurisprudência a legalidade da cobrança da contribuição sindical (principalmente as criadas pelo sindicato – contribuição assistencial), inclusive em relação aos trabalhadores não associados (DOS SANTOS, 2018).

Entretanto, essa cobrança deveria ser feita aos integrantes da categoria representada pelo sindicato que a instituiu, como se depreende do julgamento do RE 88.022/SP de 16/11/1977, de relatoria do Ministro Moreira Alves.

A corrente doutrinária formada após 1988 deixava certo que o art. 513, “e”, CLT que impunha o verbo “impor” em seu texto, não poderia ter cunho obrigacional e rígido.

Assim, diziam que a interpretação deveria ser no sentido de permissão conferida ao sindicato, já que somente o Estado poderia impor contribuições (DOS SANTOS, 2018).

Nessa vereda, tentando conciliar a cobrança da contribuição assistencial de todos os sindicalizados e o princípio da liberdade sindical, o STF admitiu o desconto para os não associados, mas desde que fosse assegurado a esses não sindicalizados o direito de oposição (DOS SANTOS, 2018).

Esse entendimento está muito bem disposto no julgamento do Recurso Extraordinário n. 220.700, de 06/10/1998, cuja relatoria foi do Ministro Octavio Gallotti.

Nesse mesmo ano 1998, o Tribunal Superior do Trabalho editou o Precedente Normativo n. 74 comungando o entendimento de que a cláusula de oposição deveria ser exercida em 10 dias antes do primeiro pagamento.

No mesmo ano cancelou tal precedente, bem como publicou o Precedente Normativo 119 e a Orientação Jurisprudencial n. 17 da Seção de Dissídios Coletivos, passando a não mais aceitar a oposição como mecanismo de desconto dos não associados.

Em 2003 o STF publicou a Sumula 666 indo ao encontro do decidido pelo TST, não mais aceitando o desconto dos não associados, nem mesmo com cláusula de oposição. Já em 2015 houve a publicação da Sumula Vinculante n. 40 com o mesmo texto da Sumula 666 do STF.

A mudança mais radical e reflexiva passou do campo jurisprudencial para o legal após a publicação da Lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista) que tirou a obrigatoriedade da contribuição sindical o que colocou em cheque não só a receita sindical, como

também aos posicionamentos jurisprudenciais.

Por fim, em 2019 foi publicada a MP n. 873 que, além de reforçar a vedação contribuição obrigatória, gerava polêmica ao obrigar que a contribuição fosse via boleto bancário.

Apesar da perda da vigência da MP, a retirada da obrigatoriedade da contribuição sindical trazida com a reforma trabalhista afetou demasiadamente a arrecadação, fazendo com que ainda exista o confronto de ideias no tocante a possíveis descontos mesmo para os não sindicalizados.

2 A CONTRIBUIÇÃO SINDICAL “OBRIGATÓRIA” E A AUTORIZAÇÃO COLETIVA, PRÉVIA E EXPRESSA

Primeiramente, deve ter em mente que a contribuição sindical obrigatória é uma herança do Estado Novo com suas bases na Carta del Lavoro italiana, conforme pode ser percebido do item III dessa carta quando em comparação com o texto do art. 138 da Constituição brasileira de 1937.

Ainda na era Vargas, mais precisamente em 1943, a Consolidação das Lei do Trabalho é publicada e o texto original instituiu o Fundo Social Sindical e a Comissão do Imposto Sindical para administrar os valores da arrecadação.

É do texto original que até os dias atuais a contribuição sindical obrigatória é popularmente chamada de imposto sindical, mesmo diante da imprecisão técnica atualmente dada pela doutrina tributária.

A Constituição de 1946 não repetiu tal previsão, não havendo referência ao imposto sindical. Já em 1964, com a Lei n. 4.589,

foram extintos o Fundo Social Sindical e a Comissão do Imposto Sindical; posteriormente os Decretos n. 26/66 e 229/67 mudaram a nomenclatura para contribuição sindical (KOZYREFF, 2017).

Nessa vereda, desde a Constituição de 1946, diante da retirada do texto constitucional, há uma grande discussão quanto a natureza jurídica da contribuição sindical obrigatória, bem como da sua permanência quanto a constitucionalidade.

Entretanto, a Constituição de 1967 ao prever no § 1º do art. 159 que arrecadar, na forma da lei, contribuições para o custeio da atividade dos órgãos sindicais e profissionais era uma função delegada, desconstruiu a ideia da possibilidade da criação de contribuições para o custeio pelo sindicato.

A CF de 1988 reacendeu a discussão com manutenção dos traços corporativistas, bem como manteve a obrigatoriedade da contribuição, mesmo texto original se referir a contribuição confederativa (art. 8º, IV, CF/88).

Nessa vereda, a CF/88 ao mesmo tempo que defende a liberdade sindical e o direito de associação, ofende, ao menos parcialmente, diante da obrigatoriedade da contribuição e de seu sistema corporativista.

Atualmente a discussão encontra-se inflamada com a promulgação da Lei n. 13.467/2017 que tornou a contribuição sindical facultativa.

Assim, a polêmica começa desde a definição do nome da contribuição, já que antes de 2017 a contribuição sindical era tida como obrigatória e agora a ser facultativo. Desse modo, não há mais motivos para a nomenclatura “obrigatória”.

A facultatividade trouxe grande preocupação quanto a

sobrevivência dos sindicatos. Em Nota Técnica n. 5/2017, o MPT se manifestou pela necessidade de apresentação de alternativas para a manutenção sindical, como é o caso da contribuição assistencial.

Pode se dizer que esse é o momento atual da sobrevivência e a busca de alternativas quanto manutenção.

Nesse mesmo aspecto, foi aprovado o Enunciado n. 38 na 2º Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017) que considera lícita a autorização coletiva, prévia e expressa para os descontos das contribuições sindicais e assistenciais por assembleia geral, sendo independente de associação e sindicalização.

Entretanto, como vimos acima, esse entendimento confronta diretamente com o entendimento do STF e TST já que afronta a própria liberdade de associação e autonomia da vontade, ou seja, dois direitos fundamentais.

A constitucionalidade da facultatividade também é confrontada pela doutrina. Malgrado, par analisar a constitucionalidade primeiro tem que passar pela discussão sobre a natureza jurídica da contribuição sindical.

Nessa vereda, antes da mudança de 2017, parte da doutrina e jurisprudência classificava como tributária e isso era encampado pelo próprio STF, como é o caso da decisão de 2013, na Medida Cautelar na ADPF n. 126/DF, que deixou certo o entendimento do STF no tocante ao caráter tributário da contribuição sindical.

Contudo, esse assunto novamente veio às mídias por conta do julgamento da ADI n. 5794/DF e ADC n. 55 que analisaram a constitucionalidade ou não da facultatividade.

Na ADI n. 5794/DF, o Ministro Relator Edson Fachin opinou pela procedência integral, declarando a inconstitucionalidade da lei

que tornou a contribuição facultativa, argumentando, principalmente, pela natureza jurídica tributária da contribuição sindical (um dos principais argumentos é que essa alteração somente poderia ser dada por lei complementar e, assim, a Lei n. 13.467 afronta a Constituição por ser ordinária).

Entretanto, Ministro Luiz Fux divergiu do relator e votou pela improcedência da ADI e procedência da ADC, argumentando que a contribuição sindical não é tributo e, com isso, não haveria necessidade de lei complementar.

O destaque do voto do Ministro Luiz Fux é a classificação da natureza como simples contribuição, ressaltando que a facultatividade não o fim do sindicato, mas que estes poderiam sobreviver de outras fontes.

Sendo assim, prevaleceu no STF o voto do Ministro Luiz Fux, assim, ficou definido que não há violação ao princípio da isonomia tributária (já que não se trata de tributo) e, diante do texto constitucional, segundo a interpretação dada pelo julgamento, inexistente compulsoriedade da contribuição. Portanto, prevaleceu que a contribuição sindical obrigatória ofende a liberdade de associação e expressão.

Talvez o argumento menos técnico que tenha sido dado por esse julgamento, bem como pela ampla opinião pública sobre o caso, é que a obrigatoriedade é causa de proliferação de entidades sindicais.

O problema desse tipo de argumento é que parte da exceção para aplicar soluções possíveis. Ora, partem do argumento que há grande quantidade de sindicato desonesto, corrupto, entre outras negativas qualidades que podem ser resumidas de sindicatos de

“fachada” e, assim sendo, combatem com uma medida agressiva que afetam a todos.

É o mesmo tipo de raciocínio que atribuem, por exemplo, na questão do combate as drogas. É claro que não está aqui comparando que ambos os problemas são os mesmos ou se equiparam no grau de gravidade, mas a construção lógica do raciocínio é o mesmo.

Resumindo, combate o problema afetando toda a sociedade ao invés de raciocinar uma política pública mais intrínseca e direta. Essa é a comparação.

Assim, ao invés de combater sindicatos corruptos e de “fachada” com fiscalização rígida e efetiva por auditores fiscais, buscam estrangular o sistema para que restem apenas os maiores que, muitas vezes, não conseguem realizar a proteção de todos os trabalhadores diante de um país de dimensões continentais.

Isso ficou muito evidente no ano de 2019 com a publicação da MP n. 873 que trouxe a nulidade da cláusula normativa que fixava a obrigatoriedade de recolhimento a empregados ou empregadores sem observância da autorização prévia e expressa (veio combater o entendimento dado pela 2ª Jornada de Direito do Trabalho).

Ademais, a referida MP estabeleceu que a contribuição dos empregados fosse recolhida exclusivamente por meio de boleto bancário ou equivalente eletrônico que seria encaminhado obrigatoriamente à residência do empregado ou à sede da empresa.

Desde o primeiro momento dessa MP o próprio Ministério Público do Trabalho, conforme Nota Técnica n. 2/2019, já entendia por sua inconstitucionalidade. O fato é que a MP não foi transformada em lei, mas deixou evidente o grande prejuízo nas contas sindicais, um reflexo da política da época que acreditava que

a contribuição sindical obrigatória era a causa da proliferação dos sindicatos de “fachada”.

Nessa vereda, conforme acima disposto segundo a própria jornada de direito do trabalho, parte da doutrina acaba apoiando como solução para esse empenho que a autorização coletiva, prévia e expressa supriria a necessidade da individual, já que o sindicato, como regra, negocia em prol dos trabalhadores e não apenas de um.

Assim, o trabalhador se beneficiaria em detrimento da coletividade, já que não contribuiria para o recebimento benefício advindo da negociação sindical. Além disso, a própria Constituição determina que a contribuição sindical seria obrigatória (art. 8º, IV, CF)

Poderiam argumentar também pela volta da cláusula de oposição, entretanto seria facilmente rechaçada já que a própria população não acompanha a quantidade de leis e normas que são publicadas por dia no Brasil, quiçá acompanharia a negociação coletiva.

Talvez a própria autorização expressa, coletiva e prévia fosse uma solução justa para a sobrevivência sindical, mas o que se percebe é que cada vez menos a população brasileira se envolve com questões e movimentos sindicais.

Portanto, os argumentos relatados pelo Ministro Luiz Fux tendem a se perpetuarem no tempo, fato que obrigará os sindicatos a buscarem outras fontes, mas não se sabe quais, nem se existem ou mesmo se possuem previsão.

CONCLUSÃO

O presente artigo buscou abordar uma visão sobre as contribuições sindicais, analisando brevemente a historicidade brasileira no tocante ao surgimento do sistema de financiamento sindical até a perda do caráter obrigatório da principal fonte de renda sindical.

Assim, procurou confrontar os argumentos jurídicos e jurisprudenciais quanto a da perda obrigatoriedade da contribuição sindical e a possível solução da queda da arrecadação por meio da autorização coletiva, prévia e expressa.

Nessa vereda, foi constatado a prevalência dos argumentos que privilegiam a liberdade de associação e que vedam o desconto sem a autorização individual, mesmo diante do estrangulamento do sistema sindical existente.

Portanto, pelo presente artigo, os sindicatos, mesmo que enfraquecidos pela dura queda na arrecadação, terão que buscar sua sobrevivência em outras fontes de renda, mas não se sabe quais, nem se existem ou mesmo se possuem previsão.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO. **Enunciado nº 38 da Comissão 3 - Prevalência do negociado sobre o legislado; negociação coletiva (aspectos formais); saúde e duração do trabalho; ultratividade das normas coletivas.** Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto_RT_Jornada_19_Conamat_site.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. Rio de Janeiro, 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 20 de maio 2020.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Rio de Janeiro, 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 20 de maio 2020.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1967. Brasília, 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 20 de maio 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 de maio 2020

BRASIL. Decreto-lei nº 226, de 28 de fevereiro de 1967. Cria junto ao Departamento de Administração do Ministério do Trabalho e Previdência Social o Serviço da Conta "Emprêgo e Salário". Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28 fev. 1967. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-226-28-fevereiro-1967-375949-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 17 de maio de 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 229, de 28 de fevereiro de 1967. Altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28 fev. 1967. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0229.htm>.

Acesso em: 17 de maio de 2020.

BRASIL. Lei nº 4.589, de 11 de dezembro de 1964. Extingue, a Comissão do Imposto Sindical, a Comissão Técnica de orientação Sindical, cria órgãos no Ministério do Trabalho e Previdência Social, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 dez. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4589.htm>. Acesso em: 17 de maio de 2020.

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 jul. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm>. Acesso em: 17 de maio de 2020.

BRASIL. Medida Provisória nº 873, de 1º de março de 2019. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre a contribuição sindical, e revoga dispositivo da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1º mar. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm>. Acesso em: 17 de maio de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão de decisão em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 126. Partido Popular Socialista – PPS e Presidente da República e outros. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=125544224&ext=.pdf>>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão de decisão em Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 55**. Associação Brasileira de Emissoras de Radio e Tv e Congresso Nacional. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749631162>>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão de decisão em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.794**. Confederação Nacional Dos Trabalhadores Em Transporte Aquaviário e Aéreo, na Pesca e nos Portos – Conttmaf e outros. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749631162>>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão de decisão em Recurso Extraordinário nº 220.700**. Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Construção e do Mobiliário de Santo Ângelo e Ministério Público do Trabalho da 4ª Região e outros. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=249233>>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Sumula nº 666**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700>. Acesso em: 20 de maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Sumula Vinculante nº 40**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 20 de maio 2020

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Orientação Jurisprudencial nº 17 da Seção de Dissídios Coletivos**. Disponível

em:

<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDC/n_bo1_01.html#TEMA17>. Acesso em: 20 de maio 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Precedente Normativo nº 74**. Disponível em:

<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/PN_com_indice/PN_completo.html#Tema_PN>. Acesso em: 20 de maio 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Precedente Normativo nº 119**. Disponível em:

<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/PN_com_indice/PN_completo.html#Tema_PN74>. Acesso em: 20 de maio 2020.

COORDENADORIA NACIONAL DE PROMOÇÃO DA LIBERDADE SINDICAL CONALIS. **Nota Técnica nº 03, de 14 de maio de 2019**. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/publicacoes/notas-tecnicas/nota-tecnica-no-03/@@display-file/arquivo_pdf>. Acessado em: 20 de maio de 2020.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. **Direito Coletivo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2017.

DOS SANTOS, Enoque Ribeiro. **Reforma Trabalhista e Financiamento Sindical. Contribuição Assistencial / Negocial dos Não-Filiados (Parte 1); 2018**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/12/13/reforma-trabalhista-e-financiamento-sindical-contribuicao-assistencial-negocial-dos-nao-filiados-parte-1/>>. Acesso em: 17 maio 2020.

KOZYREFF, Alan Martinez. **A história da contribuição sindical obrigatória no Brasil; 2018.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/67263/contribuicao-sindical>>. Acesso em: 17 maio 2020.

SECRETARIA DE RELAÇÕES INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO (MPT). **Nota Técnica nº 05, de 17 de abril de 2017.** Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/publicacoes/notas-tecnicas/nota-tecnica-ndeg5/@@display-file/arquivo_pdf>. Acessado em: 20 de maio de 2020.

**A DISPENSA COLETIVA APÓS A LEI N.
13.467/2017: (IN)COMPATIBILIDADE COM O
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO SOB A
PERSPECTIVA DOS INTERESSES
TRANSINDIVIDUAIS**

***THE COLLECTIVE DISMISSAL AFTER LAW N.
13.467/2017: (IN)COMPATIBILITY WITH BRAZILIAN
LEGAL ORDER FROM THE PERSPECTIVE OF
TRANSINDIVIDUAL INTERESTS***

*Daniela Nogueira Corbi¹³⁰
Jair Aparecido Cardoso¹³¹*

RESUMO

Do capitalismo clássico ao pós-moderno, a dispensa coletiva tornou-se uma vicissitude cada vez mais constante no cenário laboral brasileiro. Com a vigência da Lei n. 13.467/2017, diploma que equiparou as espécies de dispensas, enfatizando a desnecessidade da autorização sindical e da negociação coletiva, a conjuntura tornou-se ainda mais ofensiva à tutela do trabalhador. Neste liame, o presente estudo tem como escopo investigar, por meio da abordagem dedutiva,

¹³⁰ Pós-Graduada *Lato Sensu* em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, FDRP/USP. E-mail: danielancorbiadv@outlook.com.

¹³¹ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP-USP). Coordenador de do grupo de pesquisa "Transformação do Direito do Trabalho na sociedade pós-moderna e seus reflexos no mundo do trabalho (GEDTRAB FDRP/USP). E-mail: jaircardoso@usp.br.

o instituto da dispensa coletiva após a alteração legislativa supracitada, buscando averiguar sua compatibilidade com o ordenamento pátrio. Destarte, pretende-se analisar o artigo (art.) 477-A, inserido na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), pontuando seus principais aspectos (in)constitucionais e (in)convencionais. Depreende-se que no âmbito internacional, a reforma trabalhista, indiretamente, contrariou a diretriz estruturante da Organização Internacional do Trabalho (OIT), segundo a qual “o trabalho não é uma mercadoria” e, na seara nacional, significou retrocessão social e violação às normas da Carta de 1988. Amoldadas as questões normativas, buscar-se-á refletir sobre tal modificação sob a perspectiva dos interesses transindividuais, em razão dos efeitos nocivos da despedida em massa à coletividade, os quais padeceram de consideração pelo legislador brasileiro, reafirmando um cenário de violação aos fundamentos constitucionais, sobretudo os de terceira dimensão.

Palavras-chave: dispensa coletiva. reforma trabalhista. inconstitucionalidade. interesses transindividuais.

ABSTRACT

From classical to post-modern capitalism, collective dismissal has become an increasingly constant issue in Brazilian labor scenario. As Law n. 13.467/2017 became effective, which equalized the forms of dismissals, emphasizing the unnecessary of the union authorization and collective negotiation, the conjuncture has become even more offensive to the worker tutelage. In this context, the scope of the present study is to approach, through the deductive approach, the institute of the collective dismissal after the alteration of the law mentioned above, and verify its compatibility with the Brazilian law. Therefore, it is intended to analyze the article (art.) 477-A, inserted in the Brazilian Labor Code (BLC), scoring its main (un)constitutional and (un)conventional aspects. Internationally, labor reform indirectly contradicted the guideline of the International Labor Organization

(ILO), according to which "labor is not a commodity" and, in the national level, it meant social retrocession and violation of the norms of the 1988 Constitution. Once the normative matters are shaped, a reflection about this change from the perspective of transindividual interests will be made, due to the harmful effects of the mass dismissal to the collectivity, which wasn't considered by the Brazilian legislator, reaffirming a scenario of violation of constitutional foundations, especially that of the third dimension.

Key words: collective dismissal. labor reform. unconstitutionality. transindividual interests.

INTRODUÇÃO

O cenário trabalhista vigente encontra-se demarcado pela redução progressiva do número de empregados. A contínua revolução tecnológica, não raramente, vem tornando o trabalhador substituível, contexto no qual se insere o objeto do presente estudo: a despedida coletiva. A despeito de seu caráter extremamente impactante à sociedade, a legislação brasileira é omissa quanto à sua conceituação, limitações e demais regulamentações.

Diante da omissão legislativa, o tema em questão passou a ser tratado, no Brasil, pelas diretrizes doutrinária e jurisprudencial, as quais estabeleceram a viabilidade da pretensão de despedida maciça apenas mediante causa justificada nas necessidades empresariais, tais como motivo técnico, financeiro, econômico, bem como mediante prévio procedimento junto ao sindicato da categoria. Com fulcro nos ditames constitucionais e da boa-fé objetiva, fixou-se a necessidade de uma tutela jurídica de maior amplitude à dispensa coletiva, diante da gravidade e da consequência socioeconômica do fato.

No entanto, na contramão do entendimento cristalizado, a Lei 13.467/2017 concretizou a intenção do legislador de igualar as

dispensas coletivas às individuais e plúrimas, bem como fixando expressamente a desnecessidade de autorização prévia sindical ou celebração de negociação coletiva. A partir desta falsa impressão de poder ilimitado do empregador, os casos de rompimentos maciços de contratos de trabalho se acentuaram no país.¹³²

Não se pode olvidar que o emprego e o desemprego se inserem em um contexto hierarquicamente maior: o do Estado Social. Com isso, a atividade empresarial está adstrita aos seus fins sociais, fixados na forma da Constituição Federal (CF) de 1988.

Ato contínuo, o presente trabalho investigará a flexibilização trazida pelo art. 477-A introduzido CLT, avaliando a sua (in)compatibilidade com as diretrizes fundantes do ordenamento jurídico brasileiro e, de forma mais breve, com o regramento

¹³² Cabível ressaltar o caso da empresa Raízen Energia S/A que, um dia útil após a entrada em vigor da Lei n. 13.467/2017, efetuou a dispensa de todos os empregados na unidade produtiva da Usina Tamoio em Araraquara/SP sem negociação coletiva ou tentativa de manutenção dos empregos. Diante do impacto social o Ministério Público do Trabalho ingressou com a Ação Civil Pública 0012176-33.2017.5.15.0000 e o juízo de primeiro grau da 2ª Vara do Trabalho de Araraquara, SP declarou nula a dispensa em massa, enfatizando a necessidade de se interpretar a nova regra trazida pela reforma trabalhista em conjunto com os preceitos constitucionais. O processo permanece pendente de julgamento, diante da interposição de Recurso Ordinário. Porém, em sede de Mandado de Segurança (MS n. **0008367-78.2017.5.15.0000**) impetrado pela empresa em face do juiz de primeiro grau, o Tribunal Regional da 15ª Região manteve a liminar. Na decisão, o relator afirmou que a necessidade de autorização prévia para as dispensas nunca foi exigida, mas isso não impede que a imposição da responsabilidade social da Raízen, ou a comunicação antecipada em prazo razoável e negociação coletiva. Para o procurador Dimas Moreira da Silva: “Questiona-se, isto sim, a forma escolhida pela empresa para realizar tais demissões em massa, sem qualquer preocupação com o impacto social negativo das medidas sobre as comunidades envolvidas, e sem buscar, em momento algum, a discussão e negociação com os sindicatos, a fim de serem estudadas alternativas menos gravosas aos trabalhadores. Não houve qualquer preocupação em se atenuar o impacto do súbito e inesperado desaparecimento de centenas de empregos nas duas cidades”. (CONJUR, 2018).

internacional da OIT. Buscar-se-ão, por fim, reflexões acerca da alteração supramencionada sob a luz dos interesses transindividuais, dada a fragilização socioeconômica resultante da despedida em massa, ecoando a necessidade da efetivação das normas constitucionais, sobretudo do princípio da solidariedade, preconizado pelos direitos humanos de terceira dimensão.

Finalmente, sob foco metodológico, observar-se-á o método de abordagem dedutivista, tendo como base de referência bibliográfica livros, artigos de revistas e periódicos nacionais, bem como análise da legislação pátria e estrangeira no que tange aos regramentos da OIT.

1 A DISPENSA COLETIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: CONCEITUAÇÃO E INVOLUÇÃO LEGISLATIVA

Em 1974, investigando o que chamou de desemprego tecnológico, Orlando Gomes (1974 apud JUNIOR, 2019) esclareceu que a finalidade da dispensa coletiva é reduzir definitivamente o quadro de pessoal, seja pela desnecessidade da mão de obra ou pela inexistência de meios empresariais de conservá-las. Cabível ressaltar a categorização do instituto por Nelson Mannrich:

Dispensa coletiva é a ruptura diferenciada do contrato de trabalho de natureza objetiva, de iniciativa patronal, decorrente de causas homogêneas que, durante um determinado período de tempo, atingem certo número de trabalhadores. (...) As causas determinantes da ruptura contratual devem ser comuns a todos os empregados dispensados, razão pela qual fala-se em causa homogênea. (MANNRICH, 2000, p. 555).

Destarte, as causas da ruptura contratual na dispensa coletiva são homogêneas aos empregados e possuem natureza objetiva, sem relação ao comportamento dos obreiros, sendo as causas mais usuais as de cunho econômico, financeiro, tecnológico, estrutural e organizacional. Em síntese, há dois elementos caracterizadores desse tipo de dispensa: existência de fato único decorrente de fatores econômico financeiros ou técnicos (estruturais ou tecnológicos) e redução definitiva no quadro de pessoal, sem haver intenção de substituição dos trabalhadores.

Ocorre que o instituto não pode ser vislumbrado como mera ruptura pactual, nos moldes do entendimento de Baylos Grau e Pérez Rey:

A empresa, através da privação do trabalho a uma pessoa, procede à expulsão dessa pessoa de uma esfera social e culturalmente decisiva, vale dizer, de uma situação complexa em que, através do trabalho, esta obtém direitos de integração e de participação na sociedade, na cultura, na educação e na família. Cria uma pessoa sem qualidade social, porque a qualidade da mesma e os referentes que lhe dão segurança na sua vida social dependem do trabalho. (GRAU; REY, 2009, p. 44 apud AMADO, 2019).

Por conseguinte, conforme pontua Valdete Souto Severo (2011 apud AMADO, 2019), o indivíduo se identifica enquanto labora, razão pela qual a perda de seu posto de trabalho implica na perda de sua rotina, referências e vínculos sociais, além da instabilidade econômica. Perde-se parte de si mesmo. Trata-se, pois, de fenômeno complexo que dissemina consequências negativas, impondo a inserção de um número expressivo de pessoas na conjuntura do desemprego ou do subemprego e atingindo sujeitos indetermináveis da sociedade.

1.1 A dispensa coletiva na lei n. 13.467/2017

Antes da alteração preconizada pela Lei n. 13.467/2017, a jurisprudência trabalhista, conforme entendimento da Seção de Dissídios Coletivos (SDC) do Tribunal Superior do Trabalho (TST), em julgamento do caso da empresa Embraer, fixou a premissa da imprescindibilidade da predisposição à negociação sindical, para a realização da dispensa em massa, sob pena de caracterizar-se abuso de direito.¹³³ (BRASIL, 2009). O que foi determinado pela decisão ora exposta, portanto, é a necessidade de prévia negociação de boa-fé com o sindicato, visando a mitigação dos efeitos, inclusive sociais, de tal ruptura coletiva, como bem elucida o professor Daniel Damasio Borges (2018).

Neste aspecto, interessante ressaltar que a negociação, que é meio de solução de conflitos, caracteriza-se como processo dialógico, não se confunde com os convênios coletivos, que são a materialização do consenso ou do sucesso obtidos por aquela. Com isso, a partir da negociação, as partes contratuais podem, eventualmente, reduzir a quantidade de dispensas, possibilitar outras

¹³³ Trata-se do *leading case* julgado em 2009, em sede de Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo, que fixou nova premissa jurisprudencial no Brasil em termos de dispensa coletiva. O caso originou-se a partir das mais de quatro mil dispensas realizadas pela empresa Embraer em 2009. Em síntese, o Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região conheceu o dissídio coletivo e declarou abusiva a dispensa coletiva. A despeito da manutenção das dispensas em grau recursal, a decisão fixou premissa para casos futuros, apresentando novidade significativa: com ela, ficou estabelecida uma distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes. Nesse caso, seria inválida a dispensa coletiva enquanto não negociada com o sindicato de trabalhadores, espontaneamente ou no plano do processo judicial coletivo. (BRASIL, 2010).

medidas socializando os prejuízos dos trabalhadores, tais como redução de jornada e salário, suspensão contratual, programa de demissão voluntária. (ROCHA, 2019).

Em síntese, a decisão destacada pautou-se na ordem constitucional principiológica brasileira, bem como nas Convenções n. 11, 98, 135 e 141 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Conforme o julgado, não há autorização para um manejo meramente unilateral e potestativo do instituto, por se tratar de ato essencialmente coletivo, inerente ao direito coletivo do trabalho, exigindo, portanto, a participação dos respectivos sindicatos, já que se trata de fato coletivo, imerso na seara do Direito Coletivo do Trabalho. (BRASIL, 2009).

Neste interim, foi destacado o impacto social, familiar e comunitário das dispensas massivas, sendo mister distingui-las das individuais, diante dos princípios da dignidade da pessoa humana, valor social do trabalho, busca do pleno emprego, função social da propriedade e intervenção sindical nas questões coletivas, além do arcabouço internacional ora mencionado. (BRASIL, 2009).

Não obstante seja evidente o caráter problemático da dispensa coletiva sem justa causa, a Lei n. 13.467/2017, em total dissonância com o entendimento doutrinário e jurisprudencial brasileiro, acrescentou o artigo 477-A na CLT, equiparando-a, para todos os fins, à dispensa individual, “não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação” (BRASIL, 2017).

Amauri Mascaro Nascimento (2009) há tempos exaltava que o direito brasileiro voltava-se apenas às dispensas individuais, construindo seu fundamento, com exceção das hipóteses de estabilidade, para a tutela do trabalhador individualmente despedido, resumindo-se tal amparo à multa sobre o saldo do Fundo de Garantia

por Tempo de Serviço (FGTS), conforme art. 10, I, “b” do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CF. Com a modificação ora transcrita, a preocupação de seu viés coletivo por parte da doutrina e jurisprudência se nota ainda mais deturpada pelo legislador.

Desde o século XX, Nelson Mannrich (2000) constatava o desinteresse dos interlocutores sociais pelo enfrentamento dos graves problemas da dispensa coletiva e seus efeitos nefastos a toda coletividade, circunstância que justificava a inexpressiva atuação do Legislativo em realizar propostas consistentes para a regulamentação do tema.

Com a reforma trabalhista, a omissão de conceituar o fenômeno da dispensa coletiva permaneceu, tampouco houve tentativas de restringi-la por meio de opções subsidiárias ou alternativas, tais como redução da jornada laboral, turnos de revezamento, incentivo à aposentadoria, férias coletivas. Pelo contrário, a norma de 2017 remeteu à aplicação de um regramento jurídico inadequado, com marcas extremamente flexíveis e precarizantes no que tange à cessação do contrato de trabalho no âmbito coletivo.

Com tal involução, o legislador brasileiro se distanciou da preocupação vigente do direito da União Europeia, o qual se atém ao envolvimento de trabalhadores afetados em uma dispensa coletiva, criando obrigatoriedades para a empresa, tais como a o diálogo e a predisposição a negociações. (AMADO, 2019). Para Mauricio Godinho Delgado (2017), o novo artigo retrata tentativa de enfraquecimento do sindicalismo dos obreiros.

No entanto, a compulsão da Lei n. 13.467/2017 pelos interesses unilaterais dos empregadores não tem condão de autorizar a irrestrita e arbitrária despedida em massa, tendo em vista sua submissão às bases constitucionais, as quais serão analisadas a seguir.

Destarte, elogiável o entendimento de Andréa Presas Rocha ao afirmar que a prévia autorização sindical e a celebração de acordo ou convenção coletiva não se confundem com o dever de negociação prévia. (2019). Conforme tal entendimento, o novo artigo da CLT exige expressamente o empregador de requerer autorização sindical ou celebrar convênio coletivo, porém, não o isenta da necessidade de negociar as condições em que se darão a despedida, visando a minimização de seus impactos. Apenas dessa forma é possível conciliar tal dispositivo com o arcabouço normativo constitucional e infraconstitucional brasileiro.

1.1.1 Da inconstitucionalidade material do art. 744-A da CLT

Quanto ao conteúdo normativo do art. 477-A da CLT, é possível detectar vícios materiais de inconstitucionalidade, isto é, há incompatibilidade de conteúdo entre a lei e a Constituição, inclusive quanto a confronto principiológico. (BARROSO apud LENZA, 2018). A Lei n. 13.467/2017, ao dispor que as despedidas individuais, plúrimas e coletivas são institutos equiparados, parece ocultar a figura da dispensa em massa do ordenamento brasileiro, transmitindo-se uma ideia de que o instituto se resume a mera soma de rescisões individuais.

Neste liame, dentre os diversos motivos pelos quais a dispensa coletiva não pode se equipar à individual, a mais evidente está na natureza divergente dos institutos. É natural, pois, que um fenômeno de caráter coletivo seja disciplinado por regramentos grupais em situação de equivalência jurídica. Para Mauricio Godinho (2019), a dispensa em massa é assunto eminentemente próprio à atuação constitucional do sindicato, o qual deve participar diretamente da

regência negocial coletiva do conflito, tal como preconizam os incisos¹³⁴ III e VI do art. 8º da CF.

Outrossim, ao decretar a desnecessidade de intervenção prévia das entidades sindicais, o art. 477-A da CLT viola o princípio constitucional da solução negociada. Nesta seara, é certo que a negociação coletiva deve ocorrer sempre que uma decisão possa contrariar interesses da categoria, e, evidentemente, há interesse na preservação dos empregos e na superação das dificuldades sociais e econômicas decorrentes da dispensa em massa. (JUNIOR, 2019). Além disso, trata-se de elemento paradoxal em relação à própria reforma trabalhista que diz se sustentar pela premissa do negociado sob o legislado.

Frisa-se que a prévia negociação coletiva decorre do princípio da boa-fé objetiva e de suas repercussões, tais como a lealdade e transparência e o direito à plena informação entre as partes. É evidente, pois, que os obreiros possuem o direito de participar e conhecer a situação empresarial, inclusive sobre efeitos de eventual crise econômica que a assole, para que haja participação mútua na busca da manutenção do emprego (prestigiando-se o princípio da continuidade) ou da menor agressão a tal manutenção (art. 7º, XI da CF). Circunstâncias estas que, inclusive, necessitam da representação sindical coletiva, o que é exigido quando resta impossível a continuidade dos empregos. (JUNIOR, 2019).

Da mesma maneira, entende-se que o dispositivo de 2017 contraria o direito fundamental à proteção empregatícia, estampada

¹³⁴ Art. 8º CF: É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas; VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho. (BRASIL, 1998).

pelo art. 7º, I da CF, o qual estabelece uma barreira aos interesses econômicos trazidos pelo legislador infraconstitucional. Como se sabe, não há lei complementar exigida pela CF para especificar os desdobramentos dessa garantia, razão pela qual é ainda mais acentuada a necessidade de sua tutela, pelo Estado, frente ao puro arbítrio do poder privado, privilegiando a dignidade da pessoa humana.

Portanto, ainda que se admita a faceta da autonomia privada do empregador, o ordenamento pátrio não permite que o poder deste seja ilimitado, sob pena de considerar morta a norma constitucional. Considerando-se que o labor sustenta a ordem social brasileira, possibilitando o alcance do estado de bem estar e justiça sociais, nos termos do art. 193 da CF, é palpável que o desenvolvimento da atividade empresarial deve atender o fim social do trabalho, o que justifica, ademais, a obrigatoriedade da função social da propriedade (art. 170, III, CF) que deve ser atendida pelo empregador. (JUNIOR, 2019). Dessa forma, o art. 477-A da CLT também encontra limitações nos arts. 1º, IV, 170 caput e 193 da CF que traduzem o valor social do trabalho como fundamento do Estado Democrático de Direito e da ordem econômica, além de base da ordem social.

Neste ínterim, apenas com a efetivação das normas constitucionais proporciona-se a máxima efetividade da força normativa da Constituição, cujo valor axiológico e interpretativo é a dignidade da pessoa humana: princípio estruturante de todo o ordenamento jurídico, fundamentado no art. 1º, III da CF. Para o constitucionalista José Afonso da Silva (2013), a CF estabelece o direito social ao trabalho como condição da efetividade da existência digna e da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil. Em contrapartida, o art. 477-A da CLT soa como um colapso à dignidade dos empregados.

Além das inconstitucionalidades, já citadas, Mauricio Godinho Delgado (2017) acrescenta que o conjunto de princípios humanísticos e sociais da Carta da República também foi violado pela nova norma:

Princípios como da centralidade da pessoa humana na ordem socioeconômica e jurídica, da dignidade da pessoa humana, do bem-estar individual e social, da inviolabilidade física e psíquica do direito à vida, da igualdade em sentido material, da segurança em sentido amplo e social, ao invés de apenas em sua antiga acepção patrimonial, além do princípio da valorização do trabalho e emprego - este em paridade e simetria (ao contrário de subordinação) com o princípio da livre iniciativa -, sem contar, ainda, o princípio da subordinação da propriedade à sua função social, todos esses princípios e normas constitucionais de 1988 são descurados pela literalidade da regra inserida no recente art. 477-A da CLT. (DELGADO, 2017, p. 181).

Outrossim, preconizado pela terceira dimensão dos direitos humanos, o art. 3º, I da CF, fixou o princípio da solidariedade, transformando este num objetivo social. Trata-se de objetivo que busca a efetivação dos direitos fundamentais. (GALIA, 2016). A partir disso, é certo que a sociedade brasileira é voltada para o bem social comum e não meramente individual, tutelando-se, assim, os direitos difusos e coletivos, dentre os quais se observa a proteção contra a perda coletiva de trabalho, frontalmente violada pelo artigo estudado. Daí a necessidade de guiar a atuação empresarial para o alcance dos objetivos da ordem social, dentre eles a solidariedade para fim de se alcançar a justiça e bem estar sociais.

Neste mesmo sentido caminha o Enunciado n. 57, aprovado na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho de 2017, ao sustentar que a alteração da Lei n. 13.467/2017 padece de inconstitucionalidade e inconvencionalidade, devendo as questões

sobre a dispensa coletiva observar: a) o direito de informação, transparência e participação da entidade sindical; b) o dever geral de boa-fé objetiva; e c) o dever de busca de meios alternativos às demissões em massa. (FELICIANO; MIZIARA, 2017).

Ante todo o exposto, o art. 477-A da CLT, verdadeiro instrumento facilitador da dispensa em massa, é materialmente incompatível com ordenamento brasileiro, diante da transgressão das normas constitucionais supracitadas, bem como da eficácia negativa de tais disposições. Não se pode, portanto, submeter ao poder do empregador o interesse do constituinte em impor a manutenção do pacto laboral.

1.1.2 Da inconstitucionalidade formal do art. 744-A da CLT

No que tange ao cenário formal, que, conforme observa Pedro Lenza (2018, p. 260), decorre da “afrenta ao devido processo legislativo de formação do ato normativo”, a incompatibilidade constitucional do art. 477-A introduzido na CLT é de fácil percepção, pois a matéria da proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa só pode ser regulamentada mediante lei complementar, nos moldes do art¹³⁵. 7º, I da CF. (BRASIL, 1998).

Nesse aspecto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), ao interpretar o dispositivo supracitado, já se posicionou acerca da violação da reserva à lei complementar pela regulamentação do

¹³⁵ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

mencionado artigo, por meio de lei ordinária (julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1480-3). Nota-se que este julgado foi proferido antes da conferência do status de “supralegalidade” aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil a partir do procedimento das emendas constitucionais. (BARBOSA; JUNIOR, 2019).

Dessa forma, a tentativa de regulamentação da matéria em estudo, por meio de lei ordinária, natureza da Lei n. 13.467/2017, padece de vício de inconstitucionalidade formal, dada à transgressão da reserva de lei complementar. Afinal, a disciplina da dispensa em massa consiste em um dos modos mais relevantes de se tutelar a relação de emprego, não sendo tratável mediante lei ordinária.

Portanto, não se pode olvidar que, a despeito de inexistir a regulamentação pela via complementar, o dispositivo constitucional possui efeito jurídico e não pode ser considerado como letra morta, ao contrário, ele tem força imediata de revogar as normas com ele incompatíveis, tais como a do art. 477-A da CLT, evitando edição de regras contrárias aos seus princípios, consoante a denominada eficácia negativa, paralisante. (BARBOSA; JUNIOR, 2019).

1.1.3 Da inconveniência do art. 477-A da CLT

A partir de uma breve análise das Convenções da OIT ratificadas pelo Brasil, pode-se notar que o art. 477-A da CLT também se demonstra conflitante no viés internacional. Neste liame, a Convenção 98 da OIT estampa a necessidade de valorização da negociação coletiva, dispondo sobre o incentivo ao fomento e à promoção do desenvolvimento de negociações com objetivo de regular as condições de emprego. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1952).

Ato contínuo, a Convenção 154, em seu art. 5º, determina a necessidade de se estimular a negociação coletiva (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1992) e a Convenção 158, em seu art. 14, traz a necessidade de notificação da dispensa à autoridade competente, com exposição pertinente acerca dos términos em razões econômicas, tecnológicas, estruturais ou análogas. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1995). Amauri Mascaro (2009) evidencia que a norma supramencionada obriga o empregador a informar à representação dos trabalhadores, manter negociações e notificar a autoridade competente, cientificando-a da sua pretensão, dos motivos da dispensa coletiva, do número de trabalhadores atingidos e do período durante o qual as dispensas ocorrerão.

Como bem destaca Souto Maior (2017), a Convenção 158 da OIT, apesar de denunciada pelo Brasil, pode ser utilizada como fonte formal do direito do trabalho, com fulcro no art. 5º §2º e do art. 8º da CF, os quais estabelecem, respectivamente, que os direitos e garantias constitucionais não excluem outros decorrentes de tratados internacionais e garantia da liberdade de associação sindical.

Destarte, é evidente que a regra brasileira de 2017 afronta a essência da OIT, a qual enaltece a necessidade de fixar condições das relações entre empregadores e trabalhadores a partir da negociação coletiva. Viola-se, pois, o obrigatório prestígio da negociação com os representantes dos trabalhadores.

Para João Leal Amado (2019), o art. 477-A da CLT maculou o entendimento jurisprudencial brasileiro que logrou estabelecer necessário patamar de proteção procedimental para empregados envolvidos na dispensa coletiva, reconhecendo os trabalhadores como pessoas de direito e não como meras mercadorias. Neste aspecto, o dispositivo, indiretamente, enquadra o trabalhador como mera mercadoria, pautando-se na sua descartabilidade ilimitada,

contrariando um dos princípios fundamentais da OIT: “o trabalho não é uma mercadoria.” Trata-se de diretriz firmada na Declaração da Filadélfia, pactuada na Conferência Geral da OIT, na sua vigésima sexta sessão. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1948).

2 REFLEXÕES DA DISPENSA COLETIVA NA LEI N. 17.467/2017 A PARTIR DO CONTEXTO DOS DIREITOS E INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS

A flexibilização das normas trabalhistas, na qual se insere o art. 477-A introduzido na CLT, além de gerar desamparo nas relações individuais laborais, não conduz ao combate ao desemprego. (GALIA, 2016). Ao contrário, o dispositivo visa à liberdade procedimental da dispensa em massa, fomentando-a e trazendo reflexos perigosos para o âmbito transindividual. Isto, pois o instituto extrapola os aspectos individuais dos empregados, atingindo grupos ligados por uma relação jurídica entre si (direitos coletivos em sentido estrito) e sujeitos indetermináveis (direitos difusos).

A título de contextualização e elucidação, Ronaldo Lima dos Santos (2014) esclarece que “metaindividual”, “transindividual”, “supraindividual”, “sobreindividual”, “coletivo *lato sensu*”, designam direitos e interesses que ultrapassam o círculo de atributividade jurídica de um só indivíduo.

Neste íterim, cabível mencionar, ainda que brevemente, a evolução e conceitos referentes ao cenário coletivo, pautado nos direitos humanos de terceira dimensão, onde se inserem os reflexos da dispensa em massa. Nota-se que tal conjuntura emergiu a partir da crescente industrialização e da ampla liberdade de contratar, a partir

de meados do século XIX. O modelo pautado pelos direitos humanos de primeira dimensão, fundamentados na liberdade, a partir dos ideais da Revolução Francesa e da Revolução Industrial, tornou-se inábil para pacificação dos conflitos sociais. Por conseguinte, os indivíduos passaram a visualizar a força resultante de suas reivindicações em organizações grupais, fator que fomentou na eclosão de corpos intermediários, sendo o movimento sindical seu exemplo mais típico. (ANDRADE, A.; MASSON; ANDRADE, L., 2013).

Como atendimento às reivindicações dos indivíduos agrupados, o Estado se viu obrigado a reconhecer direitos sociais, econômicos e culturais. Esta segunda dimensão ficou conhecida como “direitos de igualdade”. O Estado Social, cujo escopo é a efetiva promoção social assim surgiu, e com ele, o embrião dos interesses de dimensão coletiva, distinguindo-se dos meramente individuais. (ANDRADE, A.; MASSON; ANDRADE, L., 2013). Após o esfacelamento da pacificação social no período das guerras mundiais, as discussões internacionais caminharam para os direitos de solidariedade que compõem os direitos humanos de terceira dimensão. Aqui, defendem-se direitos de toda humanidade, de modo que os Estados devem respeitá-los independente de vínculo com seus titulares, compreendendo, inclusive as nações futuras. (ANDRADE, A.; MASSON; ANDRADE, L., 2013).

A síntese supracitada trouxe um horizonte de reivindicações sob um novo arcabouço jurídico material: o viés coletivo. Segundo Paulo Bonavides (2010), os direitos da terceira dimensão possuem, como primordial destinatário, o gênero humano. No Brasil, foi a Constituição Federal de 1988 que fixou o princípio da solidariedade como objetivo da República, em seu art. 3º, I. Logo, foi na vigência do Estado Democrático de Direito que surgiu o princípio da solidariedade social, terceira dimensão dos direitos fundamentais.

(GALIA, 2016, p. 136). No âmbito infraconstitucional, o microsistema de tutelas dos direitos coletivos é formado pela integração da CF, da Lei da Ação Popular, da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor.

Outrossim, ressalta-se que os direitos coletivos em sentido amplo foram previstos na Lei n. 8.009/90 (Código de Defesa do Consumidor) em três grandes grupos: a) direitos coletivos em sentido estrito; b) direitos difusos; c) direitos individuais homogêneos. Como bem entende Nelson Nery Júnior (1995, p. 112), um mesmo fato pode originar pretensões difusa, coletiva e individual homogênea, a depender do tipo de tutela jurisdicional pretendida.

Os direitos difusos e os coletivos em sentido estrito são essencialmente coletivos, ambos possuem natureza indivisível. Porém, enquanto os primeiros pertencem a titulares indeterminados e indetermináveis, destinando-se a toda a coletividade que se encontram em uma situação fática homogênea, os segundos têm como titulares pessoas determináveis, pois fazem parte de grupo, categoria ou classe de pessoas, ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica basilar. (ANDRADE, A.; MASSON; ANDRADE, L., 2013).

Finalmente, os direitos individuais homogêneos são subjetivamente individuais, objetivamente divisíveis e sua defesa judicial pode ser feita coletivamente, sendo seus titulares indivíduos determináveis que possuem em comum a origem dos seus direitos. (ANDRADE, A.; MASSON; ANDRADE, L., 2013). Há aqui uma transindividualidade artificial.

2.1 A dispensa coletiva e os interesses transindividuais

Como bem afirma Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2008), os direitos transindividuais não se restringem ao âmbito do direito do

consumidor ou ambiental. Nas relações de trabalho, a maior parte dos interesses envolve toda uma coletividade de pessoas. A defesa judicial de direitos transindividuais também é objeto do direito processual do trabalho. Rodrigo Coimbra (apud GALIA, 2016) aponta que o direito coletivo do trabalho é um dos exemplos mais típicos de direito coletivo em sentido estrito.

Destarte, ao revés da reforma trabalhista, os reflexos da dispensa coletiva devem ser considerados no prisma metaindividual, pois, conforme dispõe Maurício Godinho Delgado (2019), o instituto deflagra efeitos no campo da comunidade de forma mais ampla do que a individual, transcendendo o contexto da empresa ou do estabelecimento, provocando forte impacto social.

Observa-se que o trabalho é fonte de renda e propicia o consumo de bens e serviços para a satisfação das necessidades humanas. Dessa forma, a perda em massa de posto de trabalho acarreta prejuízos a um grupo de indivíduos indeterminados, englobando, além da seara individual do obreiro, seu núcleo familiar e a economia local, diante da decadência da capacidade de consumo dos desempregados. A cadeia produtiva passa, pois, a entrar em declínio. (EÇA; ROCHA apud BEZERRA LEITE, 2014). Ressalta-se, ademais, que o corte coletivo de postos de emprego impacta até mesmo o Estado, no que tange à queda de arrecadações tributárias e aumento dos custos financeiros, a começar pelo pagamento do seguro-desemprego. (BATISTA, 2017).

Rodrigo Galia (2016) vai além e defende que a dispensa em massa atinge direitos difusos e não apenas os coletivos em sentido estrito. Para o autor não há como determinar os titulares cujos interesses foram atingidos, pois o vínculo entre os diversos titulares de direitos difusos decorre da circunstância de fato (viverem na

mesma região), acarretando um cenário de violação aos direitos de terceira dimensão.

Sob foco do entendimento supracitado, observa-se que o próprio TST já evidenciou o caráter transindividual do efeito da dispensa em massa efetivada sem qualquer possibilidade de discussão coletiva, tal como hoje preconiza a CLT. A título de exemplo, cabível observar o julgado que analisou o mérito da dispensa coletiva no caso da USIMINAS que desencadeou na condenação da empresa ao dano moral coletivo.

Frisa-se que sujeito ativo da relação jurídica da ação em comento foi a própria coletividade, que teve o bem jurídico lesado, qual seja a honra coletiva deturpada pela ação empresarial, cujo comportamento, ao menos antes da Lei n. 13.467/2017, era repudiado no ordenamento jurídico brasileiro. A seguir destaca-se trecho da decisão:

Não resta dúvida quanto à proteção que deve ser garantida aos interesses transindividuais, o que se encontra expressamente delimitado no objetivo da ação civil pública, que expressamente busca garantir à sociedade o bem jurídico que deve ser tutelado. Também não há qualquer dúvida de que, no caso dos autos, o interesse coletivo foi atingido, em face da atitude da ré em proceder a dispensa em massa dos trabalhadores sem que tivesse havido negociação coletiva prévia. Ressalte-se que a realização de dissídio coletivo posterior por meio do qual as partes firmaram acordo, não tem o condão de afastar a ocorrência do dano moral. O sujeito ativo da relação jurídica em exame é a própria coletividade que teve o bem jurídico lesado, qual seja, a honra coletiva atingida pela atitude empresarial, cujo comportamento é repudiado em nosso ordenamento jurídico. [...] O fato de ter havido dispensa em massa sem que fosse oportunizado à categoria o direito de discutir coletivamente a questão não viola apenas o direito do trabalhador quando a conduta atinge um número de empregados, e não é

direcionada ao patrimônio individual de cada um, ou seja, afeta amplamente a coletividade ante o prejuízo decorrente da conduta ilícita. (BRASIL, 2009).

Desse modo, ao fixar a equiparação dos institutos, a reforma trabalhista abandonou um dos caracteres mais nítidos deste tipo de rescisão contratual empregatícia: seus reflexos negativos aos direitos coletivos. Não há como igualar institutos com naturezas e efeitos tão discrepantes. Dado seu expressivo impacto, é necessário que se resgate a natureza coletiva transindividual nos casos de dispensa coletiva, já que o legislador infraconstitucional parece fechar os olhos às suas consequências transindividuais. Apenas assim haverá a efetivação do princípio da solidariedade, fixado constitucionalmente.

Tal princípio, como já demonstrado, é base da própria sociedade como ideal constitucional. Logo, a sociedade brasileira tem como objetivo tornar-se solidária, voltada ao bem comum na defesa dos direitos metaindividuais, dentre os quais se destaca a proteção contra a perda coletiva de trabalho, segundo Rodrigo Galia (2016).

Neste ínterim, aceitar a dispensa coletiva como ato discricionário do empregador, sem observância de critérios que deveriam ser moldados via negociação sindical, dada a omissão legislativa brasileira, significa recusar o direito de solidariedade, negando-lhe efetividade, o que é intolerável. (ZAVANELLA, 2014). Portanto, ao fixar expressamente a desnecessidade da atuação sindical ou da negociação coletiva, também nas dispensas em massa, o legislador brasileiro deturpa o solidarismo constitucional.

Para que haja preservação da solidariedade diante de um cenário da dispensa coletiva, é necessário que se esgote a via negocial, considere meios alternativos para sua efetivação ou mecanismos de contenção de seus efeitos, tais como suspensão dos contratos laborativos, férias coletivas, redução de jornada ou salário, banco de

horas e meios para minimizar ou evitar, se não na totalidade, parte das dispensas. (ZAVANELLA, 2014).

Faz-se essencial, portanto, que o art. 477-A da CLT seja interpretado conforme a CF e com fulcro na boa-fé objetiva, efetivando-se a transparência entre as partes contratantes, a partir de um diálogo social nos quadros empresariais e por meio de negociação coletiva. Inclusive, identificando possíveis alternativas para superação de eventual momento crítico e optando pela forma menos prejudicial aos princípios e objetivos constitucionais demonstrados no presente estudo.¹³⁶

Conforme bem ressaltado por Nelson Mannrich (2000), os valores fundamentais do homem e do cidadão-trabalhador devem ter prioridade no novo cenário das relações laborais. Por conseguinte, a resposta às novas questões sociais que geram perdas maciças de postos de trabalho não pode se limitar a regramentos mais flexíveis, ditados pela vontade do empregador, como o fez a Lei n. 13.467/2017, pondo em risco a efetivação dos interesses fundamentais desde o contexto individual ao de terceira dimensão.

¹³⁶ Trata-se de afirmação com aparente aspecto singelo, porém, a reforma trabalhista trouxe insegurança jurídica quanto à dispensa coletiva. Isto, pois, há decisões judiciais que aplicaram a literalidade do art. 477-A da CLT, tal como a decisão do ministro Ives Gandra do TST, que, em sede de correção parcial, concedeu liminar para barrar a suspensão de dispensas imotivadas coletivas de professores de uma determinada universidade. A fundamentação baseou-se em suposto ativismo judiciário acerca do entendimento sobre a necessidade dos dissídios coletivos ajuizado com o mesmo objeto.¹³⁶ Até o momento inexistente análise do Pleno ou da Seção de Dissídios do TST, porém, a instabilidade jurisprudencial não pode ser ignorada. (CONJUR, 2018).

CONCLUSÃO

A perda do emprego, certamente, é um dos fatos que mais aflige o direito trabalhista. Quando se trata da dispensa coletiva, o cenário é ainda mais nebuloso. No entanto, o legislador brasileiro, fechando os olhos ao expressivo e transindividual impacto do instituto, bem como deturpando o entendimento cristalizado da jurisprudência e doutrina trabalhista, introduziu o art. 477-A na CLT em 2017.

O dispositivo ora citado submeteu as garantias protetivas dos trabalhadores à discricionariedade dos empregadores, bem como enfraqueceu a atuação sindical a partir de duas facetas: a equiparação da dispensa coletiva à dispensa individual e a expresso desnecessidade da interferência sindical quanto à ruptura contratual massiva.

Trata-se de verdadeira flexibilização que, não apenas fixou desvantagem aos empregados, mas afrontou diretamente a Constituição Federal e os tratados internacionais da Organização Internacional do Trabalho. A alteração legislativa, inclusive, deturpou a diretriz estruturante da OIT, facilitando a descartabilidade do obreiro, sem quaisquer critérios e regulamentações, tal como mera mercadoria.

A partir da análise normativa, observou-se que o art. 477-A da CLT padece de vícios de inconstitucionalidade material e formal, encontrando limitações, dentre outras normas já evidenciadas, no princípio da dignidade da pessoa humana e no direito fundamental à proteção empregatícia, e necessidade de interveniência sindical, já que se está diante de instituto coletivo do trabalho.

Nota-se que em uma sociedade capitalista, a dignidade humana somente é alcançada com a concretização do mínimo existencial, garantido a partir dos direitos sociais, sendo o trabalho

expressamente demonstrado no art. 6º da CF. É palpável, pois, que o pacto laboral trabalho deve se adequar a sua finalidade social, harmonizando seus interesses ao valor social do trabalho humano, sem o qual não sobrevive.

No que tange ao âmbito internacional, também se constatou a incompatibilidade do novo dispositivo com convenções internacionais da OIT, as quais enaltecem a necessidade de valorização das negociações coletivas nas relações entre as partes da relação trabalhista.

Outrossim, a Lei n. 13.467/2017, sem qualquer preocupação com o impacto social e econômico da dispensa coletiva, desprovendo-a de qualquer discussão e propensão à negociação sindical e ignorando alternativas menos gravosas aos envolvidos, representou nítido declínio ao viés protetivo do direito laboral. Não há o que se falar em modernização, mas nítido retrocesso.

Conforme evidenciado, os efeitos da dispensa coletiva se projetam aos trabalhadores, familiares e a toda cadeia econômica da região. A consumação do instituto sem qualquer restrição e, ainda, destituído de seu viés coletivo, representa sério comprometimento à realização dos direitos fundamentais de terceira dimensão, qual sejam os interesses e direitos de solidariedade, mergulhados na seara transindividual.

Não há como se admitir uma regência unificada para as dispensas coletivas e individuais. Destarte, o art. 477-A introduzido na CLT representa uma anomalia jurídica que deve ser superada a partir do resgate do viés coletivo do instituto da dispensa em massa, que se encontra no contexto do Direito Coletivo do Trabalho e, sobretudo, é materializado pela negociação sindical.

Faz-se essencial, portanto, amoldar tal dispositivo à efetividade das normas constitucionais e convencionais da OIT,

reafirmando a necessidade de concretização da boa-fé entre as partes contratantes trabalhistas, possibilitando a discussão, medidas para enfrentamento e mitigação dos nefastos e transindividuais efeitos das dispensas coletivas.

REFERÊNCIAS

AMADO, João Leal. A reforma trabalhista brasileira e o despedimentos coletivo: modernização ou mercantilização?. **Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano**, Campinas, v. 2, n. 1, p. 205-230, 2019.

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Leandolfo. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital**. São Paulo: Boitempo, 2018.

BARBOSA, Guilherme Bezerra; FONTENELE JUNIOR, Ubirajara Souza. A dispensa coletiva no ordenamento trabalhista brasileiro após a Lei n. 13.467/2017: breves apontamentos sobre a constitucionalidade e a convencionalidade seguidos de estudo de caso. **LTr Sup. Trab.**, São Paulo, ano 55, n. 86, p. 592, 2019.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique; EÇA, Vitor Salino de Moura (Coords.). **Direito material e processual do trabalho na perspectiva dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

BORGES, Daniel Damasio. E se o Supremo Tribunal Federal (STF) restabelecer a vigência da Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) na ordem jurídica brasileira? Sobre uma possível reviravolta, pela via do direito internacional, das leis trabalhistas brasileiras. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 15, n. 3, 2018 p.137-163

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 out. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 01 maio 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 07 out. 2019.

BRASIL. Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 de julho 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. **Ação Civil Pública n. 0012176-33.2017.5.15.0000**. Requerente: Ministério Público do Trabalho. Requerido: Raizen Energia S.A. 17 nov. 2017. Disponível em: <https://pje.trt15.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0012176-33.2017.5.15.0079>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. **Mandado de Segurança n. 0008367-78.2017.5.15.0000. Impetrante: Raízen Energia S.A. Autoridade Coatora: Carlos Alberto Frigieri. 22 nov. 2017. Disponível em:** <https://pje.trt15.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/00083677820175150000>. Acesso em: 11 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Processo n. TST-RR-9800.84.2009.5.02.0251.** Agravante: Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A – USIMINAS. Agravado: Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Siderúrgicas, Metalúrgicas, Mecânicas, de Material Elétrico e Eletrônico e Industrial Naval de Cubatão, Santos, São Vicente, Guarujá, Praia Grande e Bertioga. 11 abr. 2012. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?conscsjt=&numeroTst=9800&digitoTst=84&anoTst=2009&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0251&consulta=Consultar>. Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recuso Ordinário em Dissídio Coletivo – RODC – 109/2009-000-15-00.4. **JusBrasil**, 2010. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5353045/recurso-ordinario-em-dissidio-coletivo-rod-309001220095150000-30900-1220095150000/inteiro-teor-11683664>. Acesso em: 09 nov. 2019.

CONJUR. Ives Granda mantém dispensa coletiva na Estácio sem negociação com sindicato. **Revista Consultor Jurídico**, 11 jan. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ives-mantem-demissoes-estacio.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2020.

CONJUR. TRT-15 mantém nulidade de dispensa em massa de empregados da Raízen. **Revista Consultor Jurídico**, 13 fev. 2018.

Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-13/trt-15-mantem-nulidade-dispensa-massa-raizen>. Acesso em: 09 nov. 2019.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DELGADO, Mauricio Godrinho. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n. 13.467. São Paulo: LTr, 2017.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; MIZIARA, Raphael (Orgs.). Enunciados da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho organizados por assunto. **Os Trabalhistas**, 25 fev. 2018. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1oZL9_JohYjNInVvehEzYDp-bl0fcF6i6/view. Acesso em 20 nov. 2019.

GALIA, Rodrigo Wasem. **Os interesses difusos nas dispensas coletivas no Brasil**. Belo Horizonte: Editora D Plácido, 2016.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Direitos Fundamentais e relação de emprego**: trabalho, constituição e processo. São Paulo: Método, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MAISTRO JUNIOR, Gilberto Carlos. A dispensa coletiva no direito do trabalho brasileiro diante da lei 13.467/2017: entre o retrocesso social e a resistência. *In*: CALCINI, Ricardo; TREMEL, Rosângela (Orgs.). **Reforma trabalhista**: primeiras impressões. Campina Grande: EDUEPB, 2018.

MANNRICH, Nelson. **Dispensa coletiva**: da liberdade contratual à responsabilidade social. São Paulo: LTr, 2000.

MELLO, Gabriel de Oliveira de. O embate entre o direito fundamental à proteção da relação empregatícia e a dispensa coletiva: aportes para uma leitura constitucionalmente adequada do art. 477-A da CLT. **Revista Fórum Justiça do Trabalho**, Belo Horizonte, ano 35, n. 418, p. 45-76, out. 2018.

MELO, Geraldo Magela. A vedação ao retrocesso e o direito do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 52, n. 82, p. 65-74, jul./dez. 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

NOTÍCIAS STF. Confederação questiona norma que dispensa a autorização sindical nas demissões coletivas. **Portal Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 05 jun. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=413229>. Acesso em: 08 nov. 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos. **Procuradoria Geral do Estado de**

São Paulo, [20-]. Disponível em:
<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 09 dez. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO.
Constituição da OIT e Declaração de Filadélfia. 1948. Disponível em:
https://www.ilo.org/brasil/centro-de-informacoes/documentos/WCMS_336957/lang--pt/index.htm.
 Acesso em: 10 dez. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO.
 Convenção n. 154 da OIT. **Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**. 1992. Disponível em:
http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_154.html. Acesso em: 08 dez. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO.
 Convenção n. 158 da OIT. **Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**. 1995. Disponível em:
http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_158.html. Acesso em: 08 dez. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO.
 Convenção n. 98 da OIT. **Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**. 1952. Disponível em:
http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_098.html. Acesso em: 08 dez. 2019.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. Dispensa coletiva e negociação. **Revista TST**, Brasília, v. 77, n. 2, abr./jun, 2011.

ROCHA, Andréa Presas. A dispensa coletiva nos 30 anos da Constituição Federal: a inércia do legislador, a jurisprudência do TST e a reforma trabalhista. **RJLB**, 2019, nº5. Disponível em:

https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/5/2019_05_0131_0165.pdf.

Acesso em: 20 nov. 2019.

SANTOS, Edilton Meireles de Oliveira. A despedida desmotivada do empregado no direito norte-americano. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 73, p. 205-231, jul./dez. 2018.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Sindicatos e ações coletivas**: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2014.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O abuso das dispensas coletivas e a reação corretiva do Direito do Trabalho. **Blog Jorge Souto Maior**, São Paulo, 10 dez. 2017. Disponível em: <https://www.jorgesoutomaior.com/blog/o-abuso-das-dispensas-coletivas-e-a-reacao-corretiva-do-direito-do-trabalho>. Acesso em: 19 nov. 2019.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Os 201 ataques da “reforma” aos trabalhadores. **Blog Jorge Souto Maior**, 08 maio 2017. Disponível em: <https://www.jorgesoutomaior.com/blog/os-201-ataques-da-reforma-aos-trabalhadores>. Acesso em: 21 out. 2019.

ZAVANELLA, Fabiano. **Da máxima preservação dos direitos fundamentais na dispensa coletiva e o papel ativo do Estado**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6499/1/Fabiano%20Zavanella.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2019.

OS LIMITES DA FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS NORMATIVOS E A DIFERENCIAÇÃO ENTRE TRABALHADORES SINDICALIZADOS E NÃO SINDICALIZADOS FRENTE AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

THE LIMITS OF THE FLEXIBILIZATION OF NORMATIVE RIGHTS AND THE DIFFERENTIATION BETWEEN UNIONIZED AND NON-UNIONIZED WORKERS IN THE FACE OF CONSTITUTIONAL GUARANTEES

*Renata Scarpini de Araujo*¹³⁷
*Marcelo Braghini*¹³⁸

RESUMO

As alterações ocorridas pela Lei 13467/2017 introduziram uma nova postura sindicalista no país. Com o fim das contribuições sindicais que em tese financiavam esse modelo representativo, somos chamados a refletir qual o papel do sindicalismo brasileiro. Quais são as prerrogativas e funções destinadas aos entes sindicais? Na contramão a ditada reforma trabalhista elevou os preceitos normativos a lei, ao constar no artigo 611 da CLT que as convenções

¹³⁷ Pós Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Fundação Armando Alvares Penteado. Pós-Graduando em Direito do Trabalho da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Graduada em Direito pela Universidade Paulista. Advogada. E-mail: renata@rsradvocacia.com.br.

¹³⁸ Mestre e Doutorando em Direito pela UNAERP. Professor de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Unaerp. Professor Concursado de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela UEMG. Advogado. E-mail: braghini.advocacia@gmail.com

e acordos coletivos tem prevalência sobre o legislado, concedendo aos sindicatos maior autonomia na negociação coletiva. O objetivo geral do presente estudo é analisar a postura sindical frente as alterações introduzidas pela nova lei trabalhista, bem como, se as flexibilizações promovidas pelo ente representativo estão cumprindo o papel social para o qual foi criado. Analisaremos se o princípio do negociado sobre o legislado se sobrepõe as garantias fundamentais ou se encontram limites para sua composição. Na medida em que o cenário da economia mundial sofre grandes mudanças e ainda pelo enfraquecimento da política local e os altos índices de desemprego e subdesemprego, as flexibilizações trabalhistas tem ganhado cada vez mais espaço nas relações capital-trabalho, sendo portanto uma ferramenta importante na harmonização entre os interesses empresariais e as necessidades profissionais. No entanto, tais soluções devem vir alicerçadas nos princípios humanos e constitucionais do não retrocesso social e da manutenção do patamar mínimo civilizatório. O método utilizado será o histórico dialético, por meio de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e análise de textos atinentes à espécie.

Palavras-chave: Direito Normativo. Limites da Flexibilização.

ABSTRACT

The changes made by Law 13467/2017 introduced a new unionist stance in the country. With the end of union contributions that in theory financed this representative model, are we called to reflect on the role of Brazilian unionism? What are the prerogatives and functions for union members? Contrary to this, the dictated labor reform raised the normative precepts to the law, as stated in Article 611 of the CLT that collective conventions and agreements have precedence over the law, granting unions greater autonomy in collective bargaining. The general objective of the present study is to analyze the union's attitude towards the changes introduced by the new labor law, as well as whether the flexibilities promoted by the

representative entity are fulfilling the social role for which it was created. We will analyze whether the principle of the negotiated over the legislature overrides fundamental guarantees or limits are found for its composition. As the world economy scenario undergoes great changes and also due to the weakening of local politics and high rates of unemployment and underemployment, labor flexibilizations have been gaining more and more space in the capital-labor relations, being therefore an important tool in the harmonization between the interests business and professional needs. However, such solutions must be based on the human and constitutional aspects of social non-setback and the maintenance of the minimum level of civilization. The method used will be the dialectical history, through bibliographic, jurisprudential research and analysis of texts related to the species.

Key words: Normative Right. Limitations of Flexibility.

INTRODUÇÃO

A Carta Magna, em seu artigo 8º, inciso III concedeu poderes especiais ao sindicato para atuarem na defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas, tendo ainda como prerrogativa, a possibilidade de criação, por meio de negociação coletiva, de verdadeiras normas jurídicas.

Referida prerrogativa foi agora ampliada pelo contido no artigo 611 da CLT, do qual conferiu a sobreposição do negociado sobre o legislado.

Diante de tamanha importância social na relação capital-trabalho, somos chamados a refletir qual o papel do sindicalismo brasileiro. Quais são as prerrogativas e funções destinadas aos entes sindicais? Ha limites para a negociação?

O objetivo geral do presente estudo é analisar a postura sindical frente as alterações introduzidas pela nova lei trabalhista,

bem como, se as flexibilizações promovidas pelo ente representativo estão cumprindo o papel social para o qual foi criado, adotando-se o método histórico dialético, por meio de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e análise de textos atinentes à espécie.

Abordaremos o papel do sindicato e sua função representativa e negocial, conferida pelo artigo 513 da CLT.

Analisaremos como a extinção da contribuição sindical impactou nas relações negociais e como o surgimento de novas questões normativas tem influenciado na representatividade do sindicalismo brasileiro.

Também examinaremos os impactos do princípio do negociado sobre o legislado frente aos limites constitucionais da flexibilização.

Na diretriz de que a Dignidade da Pessoa Humana e o valor social do trabalho são princípios balizadores que orientam e direcionam todo o ordenamento jurídico, e, com finalidade de resguardar as qualidades e os atributos essenciais do trabalhador nas relações laborais, analisaremos a posição do sindicato frente as constantes alterações econômicas e sociais sofridas no âmbito laboral.

1 O PAPEL DO SINDICATO E SUA FUNÇÃO REPRESENTATIVA E NEGOCIAL

O sindicato nasceu em sua essência para representar, tutelar e defender direitos de terceiros. A palavra sindicato possui origem no latim, “*sindicus*” e no grego “*syn-dico*”, ou seja, possui natureza do vocábulo síndico, que é aquele escolhido para defender direitos e interesses dos evonvidos de uma certa coletividade.

Ao longo da história os sindicatos obtiveram o reconhecimento de organização institucionalizada pelos principais

países desenvolvidos industrialmente, com um papel importante na luta pelos direitos individuais e coletivos da classe trabalhadora.

Segundo o Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Sócio Econômicos, DEESE (2017, p.2):

Os sindicatos são organizações de representação dos interesses dos trabalhadores, criadas para compensar o poder dos empregadores na relação contratual, sempre desigual e reconhecidamente conflituosa, entre capital e trabalho. Nasceram na primeira metade do século XIX como reação às precárias condições de trabalho e remuneração a que estão submetidos os trabalhadores no capitalismo.

O artigo 8º da Constituição Federal autoriza a fundação de sindicato sem a interferência estatal, estabelecendo ainda que, ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas. (BRASIL,1988).

A ele, contudo, cabe resguardar os interesses profissionais, sociais e políticos de uma determinada categoria em uma base territorial.

O artigo 513 da CLT indica todas as prerrogativas legítimas e essenciais dos sindicatos na defesa da categoria.

Dentre as principais prerrogativas sindicais, estão a representação perante as autoridades administrativas e judiciárias dos interesses gerais da respectiva categoria ou profissão liberal, bem como, a de celebrar contratos coletivos de trabalho, mais conhecidos como acordos ou convenções coletivas de trabalho.

É neste dispositivo que se define o papel sindical da representatividade e o poder negocial que lhe confere, como prerrogativas basilares mais importantes do sindicalismo brasileiro.

No que tange a representatividade sindical, os sindicatos agem

em nome de sua categoria para defender os interesses da classe no plano da relação de trabalho. Eles tem a função de representar a categoria para além dos associados, isso significa que aqueles trabalhadores que não contribuem mensalmente com o sindicato também são representados por ele.

Segundo o artigo 611 da CLT, as convenções coletivas apresentam caráter normativo do qual o Sindicato representa a categoria econômica e profissional para melhores condições de trabalho.

Nota-se que o dispositivo legal destina a negociação coletiva a toda classe profissional representada na categoria econômica da base sindical. Não se limita aos associados ou filiados da entidade sindical, mas sim, a todo o “âmbito das respectivas representações”, vinculando todos os componentes da categoria, inclusive aqueles que não faziam parte dela à época de sua assinatura.

Ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, a ele associados ou não, inclusive em questões judiciais ou administrativas.

Totalmente vinculada à prerrogativa representativa esta a função negocial do sindicato.

Para Mauricio Godinho Delgado (2011, P.274):

Outra função importante dos sindicatos (imbricada, é claro, na representativa) é a negocial. Através dela esses entes buscam diálogo com os empregadores e/ou sindicatos empresariais com vistas à celebração dos diplomas negociais coletivos, composto de regra jurídica que irão reger os contratos de trabalho das respectivas bases representadas.

A Convenção 98 da Organização Internacional do Trabalho diz que as organizações de empregadores e trabalhadores, deverão trabalhar para promover o desenvolvimento e a utilização de meios

de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores, com o objetivo de regular, por meio de convenções coletivas, os termos e condições de emprego. (GENEBRA, 1953)

A Constituição Federal de 1988 coloca como função dos sindicatos a defesa de direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, tanto em questões judiciais quanto em questões administrativas (art. 8º, III) e a participação nas negociações coletivas de trabalho (art. 8º, VI).

O novo modelo justralhista proposto pela Constituição acompanha a tendência mundial ao crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratada na Convenção n. 98/1949 e na Convenção n. 154/1981 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), às quais o Brasil aderiu.

A negociação coletiva, portanto, esta na essência do sindicato que possui como uma das suas principais atribuições a prática de negociar direitos que visem assegurar aos trabalhadores da classe representada melhores condições de trabalho, ampliação de direitos além de aquisição de novas conquistas.

A Convenção 154 da OIT estabelece em seu artigo 2º e incisos a definição de negociação coletiva, bem como as diretrizes que deve se pautar (GENEBRA, 1981)

A OIT define que a negociação coletiva, além de ser um princípio a ser seguido por todos os povos, compreende ainda todas as negociações que envolvam um ou mais empregadores ou organização de empregadores e um obreiro ou várias organizações de trabalhadores com o fim de estabelecer melhores condições de trabalho e emprego, bem como, regular as relações entre os desiguais.

Nos dizeres do Ministro Roberto Barroso, em seu voto no Recurso Extraordinário 590.415 (2016):

A negociação coletiva é uma forma de superação de conflito que desempenha função política e social de grande relevância. De fato, ao incentivar o diálogo, ela tem uma atuação terapêutica sobre o conflito entre capital e trabalho e possibilita que as próprias categorias econômicas e profissionais disponham sobre as regras às quais se submeterão, garantindo aos empregados um sentimento de valor e de participação. É importante como experiência de autogoverno, como processo de autocompreensão e como exercício da habilidade e do poder de influenciar a vida no trabalho e fora do trabalho.

Para Vólia Bonfim Cassar (2018, p. 105):

O contrato de trabalho, por ser regulamentado por lei, limita a liberdade do ajuste. Isso se explica diante da desigualdade das partes, em que um dos lados é hipossuficiente em relação ao outro, necessitando da proteção estatal. Diante deste desnivelamento substancial mister a aplicação de uma igualdade jurídica nos contratos de trabalho.

Segundo a autora, a negociação coletiva tem como objetivo adequar as relações trabalhistas, buscando uma harmonia temporária dos interesses antagônicos da classe econômica e da profissional, sendo que, o nivelamento das partes se dá por meio da negociação coletiva, por isso se faz tão necessária.

A Constituição de 1988 reforça a atribuição negocial dos sindicatos, na medida em que no rol de direitos sociais, incluídos no artigo 7º, dispõe sobre o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho em seu inciso XXVI.

Não obstante, o reconhecimento das negociações coletivas de trabalho como parte integrante das normas que regem as relações de trabalho e também como um mecanismo de consolidação da democracia e de consecução autônoma da paz social, a atribuição

conferida aos sindicatos, para a representação dos trabalhadores de determinada categoria para a negociação coletiva, deve vir alicerçada com um fim de estabelecer melhores condições de trabalho e de igualdade com os empregadores.

A Carta Magna conferiu poderes especiais aos sindicatos, para que atuem na defesa dos interesses dos trabalhadores, sendo o principal deles a possibilidade de criação, por meio de negociação coletiva, de verdadeiras normas jurídicas.

A concessão de tais poderes, típicos da função estatal legislativa, somente se justifica em razão da atuação impessoal, genérica e abstrada do sindicato em favor da integralidade da categoria profissional, não se admitindo que sejam impostas condicionantes aos trabalhadores para que sejam beneficiários da negociação coletiva, o que vem sendo deturpado pelas entidades representativas.

1.1 Da Extinção da Contribuição Sindical e a Distinção de direitos normativos para trabalhadores Sindicalizados e não Sindicalizados

A Lei 13.467/2017 alterou toda a sistemática de custeio sindical do Brasil, da qual vigorou por mais de 70 anos. Referida lei extinguiu a contribuição sindical compulsória, e condicionou que todas as contribuições sindicais sejam precedidas de autorização dos trabalhadores e manifesta vontade destes em filiar-se ou não a entidade sindical.

Tais alterações comprometeram o sistema confederativo sindical, já que a grande maioria dependia de tal fonte de custeio para sua sobrevivência, sendo que o fim da contribuição sindical obrigatória, levou a queda ou mesmo a extinção de toda a receita

sindical.

Diante de tal cenário, muitos sindicatos, que não possuem força representativa, na busca desenfreada de manterem-se vivos e atuantes, estão celebrando convenções coletivas que concedem ou restringem direitos normativos apenas aos trabalhadores filiados ou sindicalizados, forçando uma filiação compulsória.

Tal diferenciação fere o art. 8º, inciso III, a Constituição Federal que dispõe expressamente que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.”(BRASIL, 1988)

Ao criar critérios distintivos para acesso aos benefícios do instrumento coletivo, o sindicato induz, de modo ardiloso e abusivo, que o trabalhador verta contribuições ou formalize sua filiação, ainda que contra a sua vontade e convicções pessoais.

A norma coletiva nesses termos coloca em confronto a liberdade individual do trabalhador de vinculação ou desvinculação ao sindicato profissional. Esse tipo de sistemáticas de incentivos à sindicalização forçada são controvertidas na medida em se perfaz incompatível com o princípio da liberdade sindical, preconizado no artigo 8º, inciso V da CF do qual estabelece que “ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato.”

No âmbito internacional, a Convenção nº 87 da OIT, igualmente, consagra os princípios da liberdade sindical e proteção ao direito de sindicalização.(SÃO FRANCISCO 1948)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), em seu artigo 20 estabelece que todo ser humano tem direito a liberdade de reunião e associação, bem como de que ninguém pode ser obrigado a fazer parte de qualquer associação.

Desta feita a liberdade sindical é um direito humano, protegido e garantido pela norma régia maior do Estado, devendo

para tanto ser observada e cumprida em todos os seus âmbitos, indistintamente.

As alterações promovidas pela Lei 13.467/2017 não autoriza o ente sindical a formalizar cláusulas restrita aos filiados ou aos contribuintes do sindicato.

No Brasil adota-se o sistema de unicidade sindical obrigatória, estampado no artigo 8º, inciso II da Constituição Federal.

Nesso modelo, trabalhadores ou empresários não têm a opção de ser representados por nenhuma outra entidade sindical senão exclusivamente por aquela existente na base territorial, predestinada a representá-los.

Se o trabalhador ou o empregador não têm outra alternativa, em face do monopólio do sindicato, então o mecanismo de representação também é imperioso, de modo que o sindicato não pode deixar de representar o trabalhador, ou mesmo estabelecer critérios diferenciados para integrantes da mesma categoria.

Nesse diapasão a atuação dos sindicatos deve vir pautada de maneira incondicionada e sem intuito contraprestativo, agindo sempre de maneira impessoal e não discriminatória, beneficiando a integralidade da categoria.

A conduta do sindicato em firmar cláusulas normativas discriminatórias e benéficas apenas aos associados e filiados, deturpa a finalidade para qual se destina além de enfraquecer a representatividade sindical de seus próprios entes, pois aplicam tratamento desigual entre trabalhadores em estado jurídico de iguais condições o que não se justifica a luz do ordenamento jurídico vigente.

A essência sindical de voluntarismo típico do associativismo é substituído pela perversa lógica de cooptar integrantes da classe, restringindo a plena liberdade do trabalhador que se vê forçado a se

filiar, para obter vantagens normativas que lhe estão sendo suprimidas pelo simples fato de não contribuir para o ente sindical.

A característica inerente à formação e ao desenvolvimento do direito coletivo que é a ótica solidarista, de conscientização de classe, de união espontânea em torno de uma causa comum, livre e voluntária é totalmente substituída pela adesão forçada, indutiva, sob pena de perda de direitos que deveriam estender a totalidade da categoria.

Esse tipo de instrumento normativo, de critério desarrazoado, segregam os trabalhadores em duas categorias distintas, e caminham à margem da regência normativa da negociação coletiva e ao próprio direito do trabalho.

O financiamento das atividades da entidade sindical deve decorrer de outras fontes de custeio, de adesão de novos associados e da contribuição voluntária dos trabalhadores, que pela prestação de serviços de qualidade e confiança inspiram a categoria representada.

Ademais, o artigo 513, alínea “e” da CLT garantiu ao sindicato a prerrogativa de negociar a criação e majoração de contribuições dos trabalhadores filiados ou que anuem voluntariamente ao pagamento. Outras fontes de receita também estão delimitadas no artigo 548 da Consolidação das Leis do Trabalho. (BRASIL, 1943)

O Sindicalismo financiado pelo Estado agora dá ares para um moderno sindicalismo, mais representativo e eficaz, na medida em que os sindicatos ampliarão sua representatividade perante suas bases, angariando de forma real e não ficta o apoio de seus sindicalizados o que, conseqüentemente, ampliará as contribuições associativas

2 DO PRINCÍPIO DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO E OS LIMITES CONSTITUCIONAIS

Uma das inovações que o Direito Coletivo do Trabalho, em sua estruturação desde a segunda metade do século XIX e desenrolar do século XX até os dias atuais, trouxe para o Direito e para o próprio Direito Constitucional foi o implemento da noção de liberdade coletiva no âmbito da economia e da sociedade, a liberdade dos grupos sociais, no caso trabalhista, liderados pelos sindicatos.

Com as constantes transmutações do cenário econômico mundial, o enfraquecimento da política interna, altos índices de desemprego e subempregos, surge a necessidade da adoção de medidas que nivelam os interesses dos empresários com a classe trabalhadora.

A flexibilização então nasce como uma forma de adaptar os direitos trabalhistas de acordo com a realidade econômica e produtiva de cada país.

José Francisco Siqueira Neto, em uma citação sobre o tema (1996, p. 334-335), assim definiu:

A flexibilização do direito do trabalho é também entendida como um instrumento de adaptação rápida do mercado de trabalho. Neste sentido é concebida como a parte integrante do processo maior de flexibilização do mercado de trabalho, consistente no conjunto de medidas destinadas a dotar o direito laboral de novos mecanismos capazes de compatibilizá-lo com as mutações decorrentes de fatores de ordem econômica, tecnológica ou de natureza diversa exigentes de pronto ajustamento.

É com esta nova adaptação do mercado que a Lei 13.467 de 2017 alterou os dispositivos da CLT a fim de conceder maior autonomia coletiva às negociações, estabelecendo, contudo, que

as convenções e acordos coletivos tem prevalência sobre a lei.

O artigo 611-A, embora tenha consignado que a convenção e acordo coletivo tem prevalência sobre a lei, não implica em dizer que as pactuações ajustadas não devam observar o patar mínimo civilizatório com a supressão ou redução de direitos sociais tipificados como de indisponibilidade absoluta, pois assim estariam inseridos no princípio implícito constitucional da vedação ao retrocesso social.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 7º, XXVI, ao permitir que as categorias profissionais e econômicas disciplinem as relações por ela travadas, não o fez de maneira a possibilitar o vilipêndio a direitos indisponíveis dos trabalhadores.

Dessa forma, o negociado somente se afigurará passível de se sobrepor ao legislado, naquelas situações em que ausente a afronta aos aludidos direitos.

Há limites objetivos à adequação setorial negociada. Ela não prevalece se concretizada mediante ato estrito de renúncia (e não de transação). Também não prevalece a adequação setorial negociada se concernente a direitos revestidos de indisponibilidade absoluta, os quais não podem ser transacionados nem mesmo por negociação sindical coletiva.

O princípio da adequação setorial negociada, as regras autônomas juscoletivas podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo, mesmo que sejam restritivas dos direitos dos trabalhadores, aqui a categoria como um todo, e desde que não transacionem setorialmente parcelas justrabalhistas de indisponibilidade absoluta.

O artigo 611-B da CLT, trouxe um rol de direitos, não taxativo, cuja negociação coletiva não poderá convencionar sua redução ou supressão.(2017)

Referido dispositivo aponta que será ilícito o objeto de convenções ou acordos coletivos de trabalho a supressão ou redução de direitos como salário mínimo, valor nominal de décimo terceiros salários e fundo de garantia, gozo de férias dentre outros direitos que garantem um patamar mínimo de sobrevivência para aferir ao trabalhador que sua dignidade e sua subsistência seja preservada.

Não é por demais que o legislador impôs certas restrições as negociações coletivas, pois em que pese o negociado prevalecer sobre o legislado as negociações coletivas devem preservar a ampliar os direitos ou ainda flexibilizar em uma equivalência.

A negociação coletiva é um meio de conciliação de conflitos sociais que atua como fonte dinâmica do direito do trabalho que visa igualar as partes para evitar a competição desleal entre empregador e empregado.

É neste cenário que se perfaz absolutamente inconstitucional e incompatível o estabelecimento de direitos exclusivos e com maior amplitude a apenas trabalhadores sindicalizados.

Ao estabelecer benefícios apenas aos empregados sindicalizados a entidade afronta diretamente os preceitos Constitucionais garantidos nos artigos 5º, caput e XX, e 8º, inciso V.

Não é crível, portanto, que a negociação coletiva ao invés de equilibrar as relações, suplantar divergências e distribuir riqueza, estabeleça verdadeiros abismos entre os integrantes da mesma categoria econômica desfavorecendo o diálogo social para a qual foi criada.

A Lei 9029/95 e a Convenção 111 da OIT (GENEBRA, 1958), incorporada ao ordenamento jurídico nacional pelo decreto 62.150/68, estabelece um sistema de combate a discriminação nas relações de trabalho, reprimindo práticas que destruam ou alterem a igualdade de oportunidades e de tratamento no âmbito do trabalho e

emprego.

O Tribunal Superior do Trabalho também tem tolhido práticas discriminatórias no âmbito coletivo, conforme Orientação Jurisprudencial nº 20 da SDC (1998) que declara que cláusulas de instrumento coletivo que estabelece preferência na contratação de mão de obra para trabalhadores sindicalizados sobre os demais, viola o artigo 8º V, da CF/1988

As cláusulas normativas que se mostram em desarmonia com o texto constitucional, na medida em que por via transversa, acabam por violar o direito indisponível do trabalhador no tocante a liberdade de associação e ainda cria diferenciações entre trabalhadores contribuintes e não contribuintes ao sindicato, vão na contramão da essência sindical, que deve zelar pela defesa dos direitos e interesses da classe trabalhadora da qual é representante e não estabelecer por ele mesmo discriminações dentro do mesmo patamar jurídico da representatividade.

Logo não há como sobrepor o negociado sobre o legislado quando as disposições contidas nas cláusulas normativas constituem indevido tratamento discriminatório e viola o artigo 8º, V e 5º XX, ambos da Constituição Federal de 1988.

CONCLUSÃO

Ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesse coletivos e individuais da categoria, sendo a ele associados ou não, inclusive em questões administrativas e judiciais. Incumbe a órgão representativo a defesa dos direitos de toda a categoria por ele representada, não se afigurando como correta a previsão de direitos diferenciados em instrumentos coletivos, em prejuízo daqueles que não contribuem e não estão a ele associados.

Os preceitos normativos que concedem direitos exclusivos ou com maior amplitude aos trabalhadores sindicalizados, desfavorecendo aqueles que não são associados, tolhe a liberdade de associação, além de imprimir caráter discriminatório, em total afronta ao artigo 1º da Convenção 111 da OIT (GENEBRA, 1958) da qual veda a “distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprêgo ou profissão, e desigual aqueles trabalhadores que estão no mesmo patamar jurídico.”

O valor social do trabalho e a preservação da dignidade do trabalhador se sobrepõem as novas bases jurídicas, impondo limites as flexibilizações que não observam o patamar mínimo existencial materializado.

O objetivo geral do presente estudo foi analisar a responsabilidade sindical frente as alterações introduzidas pela nova lei trabalhista, bem como se as flexibilizações promovidas pelo ente representativo estão cumprindo o papel social para o qual foi criado

O estudo demonstrou que a postura sindical deve vir pautada na segurança jurídica das relações bem como na importância da representatividade para ampliar direitos.

O papel sindical vai muito além das fronteiras do associativismo e interesses pessoais. Esta na luta para o equilíbrio das relações de capital e trabalho, bem como na harmonização entre os interesses patronais com as necessidades profissionais da categoria. Neste fim, agindo com competência e eficiência os sindicatos ampliarão sua representatividade e atuação perante suas bases, angariando de forma real o apoio dos sindicalizados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** DOU, Brasília, DF, 5.10.1988. Fonte:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao. Acesso em 25.01.2020.

BRASIL. Lei nº 5452, de 01.05.1943.**Consolidação das Leis do Trabalho.** DOU, Rio de Janeiro, RJ, 01.05.1943-Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De15452.htm. Acesso em 25.01.2020.

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13/07/2017.**Alterações das Consolidações das Leis do Trabalho.** DOU, Brasília, DF, 14.07.2017, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/113467.htm. Acesso em 27.01.2020.

BRASIL. Lei nº 9.029, de 17.04.1995. **Lei Anti Discriminação.** DOU, Brasília, DF, 17.04.1995, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19029.htm. Acesso em 24.01.2020.

BRASIL. Decreto Lei 62150 de 19.01.1968. **Ratificação da Convenção 111 da OIT,** DOU, Brasília, DF, 19.01.1968, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62150.htm. Acesso em 23.01.2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal,** RESP 590.415; Disponibilização: 30.04.2015; Órgão Julgador: Pleno; Relator: Luis Roberto Barroso. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=306937669&ext=.pdf>. Acesso em 24.01.2020

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Orientação Jurisprudencial nº 20, Órgão Julgador: Seção de Dissídios Coletivos. Divulgado em 16, 17 e 18.11.2010. Fonte: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDC/n_bol_01.html#TEM_A20. Acesso em 23.01.2020.

DIEESE. Departamento Intersindical de Estatística e Estudo Socioeconômico. A importância da organização sindical dos trabalhadores. **Nota Técnica nº 177 de abril de 2017**. – Disponível em: www.dieese.org.br/notatecnica2017 - Acesso em: 24.01.2020

OLIVEIRA, Roberto Vêras de. **Sindicalismo e Democracia no Brasil: do novo sindicalismo ao sindicato cidadão**. São Paulo: Annablume; Fapesp, 2011. (p.17- 364)

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª Ed. São Paulo: LTr, 2011.

NETO, José Francisco Siqueira. **Flexibilização, desregulamentação e direito do trabalho no Brasil**. In: OLIVEIRA, Carlos Alonso B. (org). *Crise e Trabalho no Brasil: modernidade ou volta ao passado?* 2ª edição. São Paulo: Scritta, 1996.

CASSAR, Vólia Bonfim. BORGES, Leonardo Dias. **Comentários a Reforma Trabalhista**. 2ª Ed. revisada, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo Método, 2018.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Assembleia Geral das Nações Unidas. Nova Iorque, 1948. <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em 23.01.2020.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Convenção nº 87 de 1948**, relativa a liberdade sindical e a proteção ao direito de

sindicalização. Disponível em:
https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_239608/lang--pt/index.htm. Acesso em 24.01.2020.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Convenção nº 98 de 1952** relativa aos princípios e do direito de organização e negociação coletiva. Disponível em:
http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_098.html. Acesso em 24.01.2020.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Convenção nº 111 de 1958**, relativa a discriminação em matéria de emprego e profissão. Disponível em:
http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_111.html. Acesso em 24.01.2020.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Convenção nº154 relativa ao incentivo à negociação coletiva**. Disponível em:
<http://www.trtsp.jus.br/geral/tribuna>. Acesso em: 23.01.2020.

SISTEMA SINDICAL REPRESENTATIVO COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DA CLASSE TRABALHADORA PARA ACESSO À JUSTIÇA.

REPRESENTATIVE UNION SYSTEM AS AN INSTRUMENT TO GUARANTEE THE WORKING CLASS ACCESS TO JUSTICE.

*Daniel Rizzolli*¹³⁹

*Sandra Helena Favaretto*¹⁴⁰

RESUMO

O acesso à justiça em sentido amplo faz parte da própria história da civilização. A existência de formas de solução de conflitos é condição indispensável para a viabilidade da vida em sociedade. As possibilidades das partes e a posição que ocupam na dinâmica social constituem fatores limitantes ou de sobreposições de vantagens quando tentam acessar a justiça. Os Sindicatos assumiram uma posição de corpo intermediário com função social instrumentalizadora da classe trabalhadora na obtenção de acesso à justiça, contudo para o pleno cumprimento desta função pressupõe-se sindicatos fortes e representativos. Neste ponto surge a problemática do estudo. Os Sindicatos são instrumentos de garantia

¹³⁹ Pós-Graduando em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP, Advogado. E-mail: danielrizzolli@usp.br.

¹⁴⁰ Doutoranda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - FDUSP; Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo - FDRP; Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade de Ribeirão Preto - Unaerp; MBA em Direito Empresarial pela FUNDACE - USP; Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas - PUCCAMP; Membro do grupo de estudos GEDTRAB - USP. sandra.favaretto@usp.br

da classe trabalhadora no acesso à justiça na forma como estão atualmente organizados? Por meio de pesquisa exploratória e bibliográfica, foi lembrado o contexto histórico do movimento sindical, bem como entendido o “tripé corporativista” e a relação com o declínio de representatividade, a fim de analisar-se como a liberdade sindical plena emerge para desatar os nós jurídicos que prendem os sindicatos ao modelo corporativista, e concluir-se que tal sistema mitiga a representatividade e ameaça a concretização do sistema sindical representativo como instrumento de garantia da classe trabalhadora para acesso à Justiça.

Palavras-chave: Acesso à justiça; Representatividade; Sindicato.

ABSTRACT

Access to justice in the broad sense is part of the very history of civilization. The existence of forms of conflict resolution is an indispensable condition for the viability of life in society. The possibilities of the parties and the position they occupy in the social dynamics are limiting factors or overlapping advantages when trying to access justice. The Trade Unions assumed this position as an intermediary body with an instrumentalizing social function of the working class in obtaining access to justice, however, for the full fulfillment of this function, strong and representative unions are assumed. At this point the problem of the study arises. Are trade unions instruments of guaranteeing the working class access to justice as they are currently organized? Through exploratory and bibliographic research, the historical context of the union movement was remembered, as well as the “corporate tripod” and the relationship with the decline in representativeness, in order to analyze how full union freedom emerges to untie the knots legal systems that tie unions to the corporatist model, and conclude that such a system mitigates representativeness and threatens the implementation of the representative union system as an instrument to guarantee the working class access to justice.

Keywords: Access to justice; Union; Representativeness.

INTRODUÇÃO

As problemáticas envolvendo o acesso à justiça não são questões modernas. Há muito tempo as sociedades buscam formas universais e justas de soluções dos conflitos para viabilizar o convívio em coletividade.

O acesso à justiça pode ser compreendido em dois sentidos básicos: amplo e restrito. A garantia de todos, ao ajuizamento de ação seria o sentido restrito. O sentido amplo seria o direito a uma ordem jurídica justa e com lastro nos direitos fundamentais (SANTOS, 2019 apud LEITE, 2001).

Não obstante, o acesso à justiça integral e universal possui obstáculos. Quando se afirma, por exemplo, que na Grécia antiga havia acesso à justiça aos cidadãos com observância da equidade pensada por Aristóteles, é preciso indagar: quem era considerado cidadão? Para Aristóteles, a justiça era medida entre os cidadãos da pólis, com isso, afastavam-se os escravos, os filhos, as mulheres do âmbito de aplicação do justo (MASCARO, 2013).

Segundo Ronaldo Lima dos Santos (2019 apud CAPPELLETTI e GARTH, 1988), um obstáculo para o acesso à justiça, entre outros elencados, são as “possibilidades das partes” e as vantagens e desvantagens de uma em relação à outra.

As sobreposições de vantagens e privilégios, atrelados à estrutura de poder e à função de julgar, acompanham a própria história das sociedades e do acesso à justiça.

Surge então o conceito de “corpos intermediários” apresentado por Ronaldo Lima dos Santos (2019). São grupos organizados como entes aptos a tutela de interesse transindividuais, configurando um modo indireto de inserção do indivíduo na totalidade social, podendo ser citado, como exemplo, os Sindicatos.

Neste ponto emerge a questão: são os sindicatos instrumentos de garantia da classe trabalhadora no acesso à justiça na forma como estão atualmente organizados?

1 SURGIMENTO DO SINDICATO COMO INSTRUMENTO DA CLASSE TRABALHADORA

A Revolução Industrial é período marcado por uma profunda modificação na forma de produção dos bens, com o surgimento das máquinas a vapor em meados dos anos 1770, conforme relato apresentado por Rossi (2019 apud HUBERMAN, 1972), de uma notícia da época sobre as primeiras apresentações dos maquinários, os quais possibilitaram a produção em larga escala nas fábricas, em substituição ao sistema de corporações de ofícios. As modificações foram tão demasiadas que alteraram a forma como a própria sociedade se organizava, inaugurando o sistema capitalista.

Com o capitalismo, a sociedade passa a ser dividida em classes, de um lado aqueles que se apropriam dos meios de produção e obtém a maior parcela do que é produzido, chamada de classe capitalista ou burguesia; do outro, aqueles que deixaram de possuir os meios de produção e passaram a receber pagamentos, não pelo produto do seu trabalho, mas pela sua força de trabalho, a chamada classe operária ou proletariado (ROSSI; GERAB, 2009).

A classe burguesa, detentora do capital, rapidamente concentrou todas as condições para colocar-se em posição de privilégio, passando a ser a classe dominante no sistema. Já possuía amplo acesso aos espaços de poder e de decisão em todas as suas esferas e dimensões, inclusive como resultado da Revolução Inglesa do século XVII.

Por sua vez, a classe proletária foi subjugada e os indivíduos sentiram diariamente todo o peso do sistema criador da lógica do acúmulo de recursos para poucos versus a consequente escassez a muitos. Tal situação levou homens, mulheres e crianças (por vezes todos da mesma família) a condições desumanas de trabalho com jornadas extenuantes de quatorze a dezoito horas por dia, exposição a riscos de acidentes fatais e ausência de condições sanitárias mínimas, tudo por salários irrisórios (ROSSI; GERAB, 2009).

A classe dominante no sistema capitalista apropriou-se dos mecanismos de poder e não ofereceu oportunidade de participação para os indivíduos fora da burguesia, já que mulheres e analfabetos, membros preponderantemente da classe proletária, somente puderam votar com a instituição do sufrágio universal no final do século XIX e início do século XX.

Conforme contextualiza Rossi (2009), os indivíduos não sabiam como reagir; alguns tentavam a bajulação e eram humilhados, outros partiam para a revolta e eram punidos com, no mínimo, demissão. As primeiras reações em grupos desorganizados visavam a destruição dos maquinários na esperança de recuperarem suas condições de artesãos.

Após o Ludismo¹⁴¹ e o Cartismo¹⁴², já no século XIX, as resistências organizadas começaram a emergir com influências dos ideais socialistas e ganharam projeção para além dos muros de cada

¹⁴¹ Movimento de trabalhadores surgido na Inglaterra contrários aos avanços tecnológicos com reivindicações por melhores condições na relação de trabalho. O nome teria sido de um trabalhador chamado Ned Ludd que segundo relatos da época teria destruído as máquinas do seu patrão.

¹⁴² Movimento social inglês que lutou por demandas da classe operária tendo como base a carta escrita por William Lovett, em 1838, que ficou conhecida como Carta do Povo e foi entregue ao Parlamento Inglês.

fábrica, tornando-se movimentos organizados sob o comando e coordenação do que viria a ser os Sindicatos.

Essas organizações dos trabalhadores foram duramente reprimidas e criminalizadas por legislações específicas, como o caso da Lei da Combinação de 1800, aprovada pelo Parlamento britânico. Somente em 1825, na Inglaterra, e em 1864, na França, as coalizões de trabalhadores deixaram de ser consideradas como crime (MELO, 2011), o que não alterou o cenário de repressão. Contudo, serviu para a classe proletária compreender, naquela época, a existência de um instrumento que permitia, de alguma forma, inserir-se na “bolha” da burguesia e do sistema vigente.

Neste ponto, com a base histórica apresentada, podemos estabelecer a premissa de que o Sindicato surgiu nas primeiras manifestações de reuniões de indivíduos trabalhadores em coletividade, como mecanismo que possibilitou a participação, ou ao menos, a interferência nas tomadas de decisões, de forma a conquistar alguma concessão do sistema em termos de direitos e melhores condições de existência.

Pelos anos que se seguiram ao final do século XIX, o Sindicato consolidou-se nesta função instrumental da classe trabalhadora de obter concessões do sistema, com paulatina mitigação da desigualdade de condições na relação entre capital e trabalho.

2 CONTEXTO DO SINDICALISMO NO BRASIL

Com a abolição da escravidão tardia no Brasil no final do século XIX, a migração do trabalho rural para as áreas urbanas marcadas pelo início industrialização, assim como a chegada de imigrantes europeus conhecedores das organizações inspiradas por

ideais socialistas e anarquistas, surgem as condições para o início do movimento sindical no Brasil, nas primeiras décadas do século XX.

Entre os anos de 1930 e 1940, com a ascensão ao poder de Getúlio Vargas, inicia-se um período em que, sinteticamente, os sindicatos passam a fazer parte da estrutura do governo, por meio de sua vinculação e interferência direta no Ministério do Trabalho, instituindo-se o “tripé corporativista”, composto pela contribuição sindical compulsória, unicidade sindical e formação artificial de categoria, o que sedimentou um modelo corporativista, assim conceituado pelo próprio Getúlio Vargas, em 1938: “Transformar o proletariado numa força orgânica de cooperação com o Estado e não deixá-lo à ação dissolvente de elementos perturbadores”; na mesma linha seguia o entendimento do Ministro do Trabalho, Lindolfo Collor: “Já é hora de substituir o velho e negativo conceito de luta de classes pelo conceito novo, construtivo e orgânico de colaboração de classes” (ROSSI; GERAB, 2009, p. 38)

Esta conformação do sindicalismo, em certa medida e de certa forma, mantém-se até os dias atuais, visto que, nos períodos posteriores a chamada “Era Vargas”, passando pelo Golpe Militar de 1964 e a redemocratização nos anos de 1980, várias oportunidades de mudanças estruturantes foram perdidas, em especial na Constituição Federal de 1988, resultando na manutenção das diretrizes estruturais do sindicalismo corporativista.

A consequência do rumo imposto ao sindicalismo brasileiro foi o declínio de sua representatividade. Uma das formas de medi-la objetivamente é a taxa de sindicalização, que no ano de 2018, ficou em 12,5%, a menor desde 2012, de acordo com a Pesquisa Nacional

de Domicílios (PNAD Contínua), divulgada no dia 18/12/2019 pelo IBGE¹⁴³.

Pode-se afirmar, considerando a trajetória corporativista do sistema sindical e os índices de sindicalização apresentados, que a classe trabalhadora está cada vez menos agindo de forma coletiva, os indivíduos trabalhadores estão deixando de agrupar-se em entidades que poderiam representá-los como categoria, como o fez no passado em resistência à sobreposição de vantagens e dominância do capital.

Não que o agir coletivo não seja necessário na atual conjuntura como foi outrora, muito pelo contrário, em poucos momentos da história recente houve tamanho avanço do modelo neoliberal com flexibilização e até mesmo redução de direitos sociais, notadamente os direitos trabalhistas.

3 PONTOS PARA REFLEXÃO E ALTERAÇÃO DO ATUAL MODELO SINDICAL BRASILEIRO.

Para manter e ampliar a efetividade da função sindical como instrumento de garantia de acesso à justiça (art. 8º, III, CF/88), inclusive no seu sentido mais amplo, é necessário um sistema sindical fortalecido.

Observando os resquícios do sistema corporativista e a diminuição sistemática dos índices de sindicalização, surge a necessidade de pensar-se numa reestruturação do sistema sindical,

¹⁴³ <

partindo do aspecto de representatividade, para garantir a efetividade da sua função na dinâmica social em um contexto de profunda mudança no mundo das relações de trabalho.

Alguns pontos merecem reflexão para busca de alterações que podem levar a um sistema sindical mais representativo.

3.1 “Tripé corporativista” como obstáculo à representatividade.

Como anteriormente mencionado, a unicidade sindical, contribuição compulsória e a formação artificial de categoria formam um “tripé” do modelo corporativista que guarda relação direta com o declínio de representatividade do movimento sindical

Em síntese, unicidade sindical é a vedação constitucional de existência de mais de um Sindicato em uma determinada extensão territorial, conforme imposto pela Constituição Federal de 1988. (art. 8º, II).

É preciso traçar uma diferenciação entre unicidade sindical e unidade sindical. Conforme Felipe Prata Mendes (2018, p. 84) “Unidade é a característica do que é um, uniforme, representando a ideia de coesão ou harmonia. Unicidade, por outro lado, significa a condição do que é único”.

Assim, a unicidade guarda relação com a condição imposta pela norma; por outro lado, a unidade é resultado de harmonia associativa, não imposta por lei, mas decorrente de espontaneidade e da vontade coletiva (MENDES, 2018).

A unicidade sindical pode ser entendida como um dos fatores responsáveis pela mitigação da espontaneidade dos movimentos de

“base”¹⁴⁴, visto que, conforme acima exposto, decorre de imposição legal e constitui limite para a autonomia da vontade individual e coletiva.

O atual modelo de categorias pré-definidas pelo art. 577 da CLT e seu respectivo anexo, também está intimamente ligado à representatividade.

Conforme afirma Mendes (2018, p. 90)

O conceito de categoria tem feição sociológica, antecedendo a qualquer construção jurídica. O Direito, ao utilizar essa terminologia para delinear o instituto basilar da organização sindical no Brasil, confere-lhe aspectos formalmente jurídicos.

Além de flagrante dissonância com a liberdade sindical plena, a formação de categorias baseada no disposto no art. 577, da CLT confere apenas uma presunção formal e jurídica da forma como os trabalhadores se reuniriam naturalmente, não obstante apresente a forma como o Estado molda a organização sindical.

Contudo, o atual modelo impõe uma pretensa coesão que pode não realizar-se concretamente, configurando mera suposição de que determinada categoria é homogênea e distinta da outra, inclusive uma presunção absoluta, já que não é dado aos trabalhadores organizarem-se de forma diversa. (MENDES, 2018 apud PAMPLONA FILHO, 2013).

Outro aspecto é a identidade de classe, ou a falta dela, que pode ter distanciado do sistema sindical um grande contingente de indivíduos, seja pelas novas formas de relação de trabalho surgidas

¹⁴⁴ No âmbito sindical a expressão “base” refere-se aos trabalhadores enquanto indivíduos em seus locais efetivos de trabalho e seus respectivos grupos em uma escala local, é o início e o fim de todo o movimento, é o alicerce que deve edificar toda a estrutura sindical.

com as “pejotizações”, microempreendedores individuais (MEI’s), profissionais “autônomos” ou trabalhadores por plataformas digitais; seja, ainda, pela suposta formação de uma classe social intermediária que não se enxerga proletária, mas que também não é burguesa.

O ponto de inflexão a ser extraído do movimento sindical é reconhecer e reaproximar-se deste contingente de indivíduos, independente de eventual subordinação ou da forma como vincula-se ao tomador de sua força de trabalho, inclusive redimensionando aspectos jurídicos como os conceitos firmados pelos artigos 2º e 3º da CLT e a própria formação artificial das categorias do artigo 577, da CLT e seu anexo.

A taxa de informalidade atingiu 39,9% da população ocupada, segundo os dados da PNAD divulgada no dia 30/04/2020 pelo IBGE¹⁴⁵. Somado esse coletivo aos mais de 10 milhões de brasileiros microempreendedores individuais (MEIs)¹⁴⁶, recorde histórico, todo esse contingente de trabalhadores está fora da sistemática celetista de contratação, o que representa quase metade da força de trabalho ocupada no país.

Isto porque, por força dos conceitos estabelecidos nos arts. 2º e 3º da CLT, trabalhadores autônomos e MEIs não estão enquadrados na relação de emprego, apenas fazem parte da relação de trabalho.

Na forma como dispõe a legislação atual, os Sindicatos apenas representam aqueles trabalhadores que conformam-se, efetivamente, sob vínculo de emprego com as características

¹⁴⁵<<https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-04/taxa-de-informalidade-cai-para-399-da-populacao-ocupada>> acesso em 21/08/2020.

¹⁴⁶<<https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/04/27/numero-de-meis-no-pais-ultrapassa-a-marca-de-10-milhoes.ghtml>>, acesso em 21/08/2020.

dispostas nos arts. 2º e 3º da CLT. Portanto, pouco mais da metade dos brasileiros ocupados não estão inseridos na abrangência de representação por Sindicatos, conforme a pesquisa acima apresentada.

Tal panorama afeta a forma de representatividade dos Sindicatos que, paulatinamente, veem a sua base de representação desfazer-se.

Por seu turno, a contribuição sindical compulsória, um dos pilares do sistema corporativista, foi tornada facultativa pela Lei nº. 13.467/2017, contudo sem que houvesse uma reforma sindical sistematizada que possibilitasse a liberdade sindical plena, inclusive no aspecto de organização de financiamento e representatividade (DIAS, 2018).

Felipe Prata Mendes (2018, p. 93) afirma que

Outro prejuízo provocado pela contribuição sindical reside no fato de que ela deforma a organização dos sindicatos, ao conceder-lhes força econômica que, invariavelmente, não é acompanhada pela representatividade.

O “tripé corporativista” limita, assim, a espontaneidade da organização sindical inerente à classe trabalhadora, inclusive na questão da formação das organizações, resultando em declínio de representatividade.

Isto leva ao desinteresse dos trabalhadores em associarem-se, visto que, do modo como imposto pela legislação, devem aderir ao único Sindicato que legalmente pode lhes representar, ou, alternativamente, organizar uma oposição para disputar a direção da entidade ou, então, abster-se de participar da organização. Neste momento, vislumbra-se que a maior parte dos trabalhadores têm

optado pelo terceiro caminho, a observar e considerar o declínio da taxa de sindicalização.

Assim, a liberdade sindical plena nos termos da Convenção n. 87 da OIT, mais uma vez, emerge como resposta aos obstáculos impostos à representatividade do movimento sindical. Reconsiderando o modelo corporativista, os critérios de associação serão aqueles definidos pela própria dinâmica de afinidade associativa de cada realidade em determinada extensão territorial, de forma a recompor a espontaneidade de associação de indivíduos para a busca do bem comum, aliás como ocorreu na própria gênese dos Sindicatos.

CONCLUSÃO

O Sindicato é importante instrumento de garantia da classe trabalhadora ao acesso à justiça no seu sentido amplo.

Historicamente, as pessoas pertencentes à classe trabalhadora enfrentam obstáculos no acesso à justiça e efetivação de seus direitos quando agem de forma individual. Suas chances aumentam quando estão em coletividade, conforme depreenderam do período da Revolução Industrial e da formação das primeiras organizações de trabalhadores como Sindicatos.

Desde então, os Sindicatos são essenciais quando desempenham esta função instrumentalizadora de garantia de defesa dos interesses da categoria. Quando tais instituições perdem sua força, a qual deriva da sua representatividade, os trabalhadores perdem o instrumento que lhes proporciona amparo na proteção e busca de seus direitos

Esta foi a problemática apresentada neste estudo: da forma como estão organizados atualmente, os Sindicatos ainda podem ser

considerados instrumentos de garantia da classe trabalhadora ao acesso à justiça?

A ausência de representatividade evidenciada pela redução na taxa de sindicalização e a quantidade de trabalhadores fora da abrangência de representação dos sindicatos mostra-nos que há sérios problemas com o atual modelo sindical.

O ponto crítico deste declínio é a representatividade, ou a sua ausência, consequência direta do sistema corporativista imposto na “Era Vargas” nas décadas de 1930 e 1940. Com o sistema corporativista estabeleceram-se a unicidade sindical, imposto sindical e a formação artificial de categoria.

Esses elementos, componentes do “tripé do corporativismo”, têm em comum a contribuição para a falta de liberdade sindical plena recomendada pela Organização Internacional do Trabalho, nos termos da sua Convenção nº. 87.

Assim, a resposta que emerge ao problema aqui proposto é a implantação do modelo de liberdade sindical plena, na esteira da Convenção acima referida. Desse modo, seriam desatados os nós jurídicos que impedem a espontaneidade, característica e criadora do movimento sindical, tornando-o reflexo da base de trabalhadores e não de poucas pessoas interessadas em manter o modelo atual por ambições próprias.

Pode-se, com certeza, afirmar que os Sindicatos possuem fundamental função social de reunir em coletividade indivíduos fragilizados pelo sistema capitalista para alcançar direitos e garantir acesso mais amplo à justiça. Contudo, o declínio da representatividade, decorrente do atual modelo sindical, fragiliza o cumprimento de sua missão e ameaça a eficiência dos Sindicatos como instrumento da classe trabalhadora.

A forma de resgate da representatividade e, conseqüentemente, da própria força do movimento sindical, passa inevitavelmente pela implantação da liberdade sindical plena que pode alterar o chamado “tripé do corporativismo”, ainda presente.

Por fim, fica a reflexão feita pelo Papa Francisco em discurso dirigido aos membros da Confederação Italiana dos Sindicatos do Trabalhadores no dia 28 de junho de 2017.

Non esiste una boa sociedade sem um bom sindicato. E non há um bom sindicato que non renasça todos os dias nas periferias, que non transforme as pedras descartadas da economia em pedras angulares. Sindicato é uma bela palavra que provém do grego syn-dike, isto é, ‘justiça juntos’. Non há justiça se non se está com os excluídos.

REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. et al. **Comentários à lei de reforma trabalhista: dogmática, visão crítica e interpretação constitucional**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. 8. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1972.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação civil pública**. São Paulo: LTr, 2001.

MASCARO, Alysso Leandro. **Filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MENDES, Felipe Prata. **Os sindicatos no Brasil e o modelo de democracia ampliada**. São Paulo: LTr, 2018.

MELO, Raimundo Simão de. **A greve no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2011.

MORAES FILHO, Evaristo de. **O problema do sindicato único no Brasil: seus fundamentos sociológicos**. São Paulo: Alfa-omega, 1978.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção n. 87: liberdade sindical e proteção ao direito de sindicalização. Disponível em: <
https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_239608/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 26 ago. 2020

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Pluralidade sindical e democracia**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2013.

ROSSI, Waldemar; GERAB, William Jorge. **Para entender os sindicatos no Brasil: uma visão classista**. 1. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Sindicatos e ações coletivas: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos**. 5. ed. rev. e ampli. São Paulo: LTr, 2019.

PLATAFORMIZAÇÃO DO TRABALHO E ORGANIZAÇÕES COLETIVAS LABORAIS

PLATFORMING WORK AND COLLECTIVE LABOR ORGANIZATIONS

*Natália Marques Abramides Brasil*¹⁴⁷

*Rodrigo Borges Nicolau*¹⁴⁸

*Guilherme Lima Juvino de Paula*¹⁴⁹

*Vinicius Bugalho*¹⁵⁰

RESUMO

Este artigo trata da temática do trabalho prestado por meio de plataformas digitais e as organizações coletivas laborais, e tem como objetivo analisar as implicações sociojurídicas desta nova forma de prestação de serviços sob a ótica coletiva. Para tanto, adotou-se método dedutivo, desenvolvido a partir da pesquisa bibliográfica-documental de obras e artigos relacionados ao tema, bem como de análise jurisprudencial. Após a discussão da hipótese, a conclusão a que se chegou foi no sentido da imprescindibilidade da proteção dos

¹⁴⁷ Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). E-mail: nabramides@gmail.com.

¹⁴⁸ Mestre em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo FD/USP. E-mail: rodrigonicolau13@yahoo.com.br.

¹⁴⁹ Advogado. Graduado em Direito na Universidade São Judas Tadeu. E-mail: guilhermelima1452@hotmail.com

¹⁵⁰ Advogado. Pós-graduado em direito tributário (lato sensu) pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). E-mail: vbugalho@netsite.com.br

direitos laborais dos trabalhadores das plataformas digitais por meio da tutela coletiva.

Palavras-chave: Plataformas Digitais. Direito Coletivo. Organização sindical.

ABSTRACT

This article deals with the theme of work provided through digital platforms and collective labor organizations, and aims to analyze the socio-legal implications of this new way of providing services from a collective perspective. For that, a deductive method was adopted, developed from the bibliographic-documental research of works and articles related to the theme, as well as from jurisprudential analysis. After discussing the hypothesis, the conclusion reached was that the protection of the labor rights of workers on digital platforms is essential through collective protection.

Keywords: Digital platforms. Collective Law. Trade union organization.

INTRODUÇÃO

São cada vez mais claras as mudanças pelas quais passa o mundo do trabalho. Infelizmente, nem todas em benefício dos trabalhadores. A velocidade do desenvolvimento das mais diversas tecnologias modifica rapidamente as formas de prestação de serviços. Desde o surgimento do que se habituou chamar de globalização, as relações de trabalho sofrem constantes alterações. E com isso, surgem problemas relacionados à proteção dos trabalhadores.

Tema que há muito merece a atenção dos aplicadores do direito, especialmente do Direito do Trabalho, é a relação entre trabalhadores e empresas de plataformas digitais. O trabalho prestado por meio de plataformas digitais vem crescendo em todo mundo,

fruto de novos modelos de negócios surgidos no contexto da revolução industrial 4.0, bem como do aprofundamento da crise econômica e da precarização das relações de trabalho.

A pandemia do Covid19, por sua vez, fez aumentar ainda mais a demanda por esses serviços, em especial o delivery, tendo em vista o isolamento social. A título de exemplo, o aplicativo Rappi reportou um aumento de 30% na demanda durante a pandemia. Apesar disso, não houve o correspondente aumento da renda desses trabalhadores. De acordo com pesquisa realizada pela Rede de Estudos e Monitoramento da Reforma Trabalhista, 89,7% dos entregadores por aplicativos tiveram uma redução salarial durante a pandemia ou ganham o mesmo que antes, a despeito do maior número de horas laboradas (BBC BRASIL, 2020).

Nesse contexto, começam a surgir novas formas de organização e resistência à precarização do trabalho, como é o caso da paralisação denominada “breque dos apps”, realizada em 01/07/2020 em diversas cidades do Brasil, que reivindicou melhores condições de trabalho, aumento do valor recebido pela quilometragem, seguro de vida e recebimento de equipamentos de proteção individual (EPI), dentre outros direitos.

Não só em nosso país, mas também nos Estados Unidos as massas de trabalhadores rebelam-se contra a precarização do trabalho e da remuneração. Conforme noticiado no jornal norte americano The New York Times, de 19 de agosto de 2020, uma nova decisão judicial do estado da Califórnia exige que motoristas de aplicativos gozem dos mesmos benefícios e proteções concedidos aos funcionários regulares, o que representa uma conquista após inúmeras manifestações por parte dos trabalhadores (CONGER, 2020).

A Europa também assiste a uma onda de greves contra o

sistema de trabalho por aplicativos: em Paris, Jérôme Pimot, ex-entregador do aplicativo Deliveroo, fundou o Coletivo de Entregadores Autônomos de Paris (CLAP) para negociar melhores condições de trabalho e remuneração para a categoria (SANSOM, 2017).

Vê-se que o fenômeno da precarização do trabalho digno e da remuneração via plataformas digitais não é nacional, mas também vem alcançando insatisfações sociais em outros países. Diante disso, verifica-se tendência de organização coletiva desses trabalhadores, a fim de fortalecer suas reivindicações frente às grandes empresas que atuam na economia de plataformas, tendo em vista que a judicialização de demandas individuais não tem surtido os resultados desejados para o reconhecimento de direitos pela categoria e a proteção do trabalho digno.

1 NATUREZA JURÍDICA DO TRABALHO EM APLICATIVOS

A discussão acerca da natureza jurídica do trabalho prestado por meio de plataformas digitais vem se consolidando nos últimos anos, tanto no ambiente acadêmico quanto no dos tribunais: seria o trabalhador em aplicativos um autônomo, como previsto no contrato de prestação de serviços firmado com tais empresas, ou um empregado?

Conforme PASQUALETO (2020), foram proferidos seis acórdãos sobre o tema no Tribunal Superior do Trabalho (TST), enquanto até o início de 2019 não havia sequer quaisquer processos acerca da existência ou não de vínculo empregatício entre os trabalhadores e as plataformas sob julgamento do TST.

Ocorre que o assunto ainda está longe de ser pacificado, ao

menos no Brasil. Enquanto a produção acadêmica e doutrinária, tanto nacional quanto internacional, inclina-se a reconhecer a existência de uma nova forma de subordinação e, por consequência, a ocorrência de vínculo empregatício, os tribunais ainda resistem em reconhecer as novas relações de trabalho como subordinadas, entendendo-as como autônomas.

O trabalho passa por um momento de contradições: ao mesmo tempo em que assume posição central no processo político e de definição do indivíduo, o desenvolvimento tecnológico e as condições econômicas tornam o cenário cada vez mais precário.

Embora as empresas de aplicativos atuem em segmentos específicos, como é o caso de transporte e entregas, com toda sua publicidade e serviços destinados ao consumidor final, autodefinem-se como meras intermediadoras de serviços de tecnologia. Mais uma vez, a contradição permeia o discurso atraente da economia colaborativa, em que pese o trabalho prestados por meio de aplicativos, da forma como tem se desenvolvido, não possa ser definido de tal modo.

Enquanto de um lado são postos como fundamentos da República Federativa do Brasil os valores sociais do trabalho (art. 1º, IV, CF), de outro o que se verifica é o rompimento do pacto constitucional e a precarização das relações. Da mesma forma, enquanto os próprios trabalhadores afirmam preferir a condição de autônomo em detrimento do vínculo empregatício, em decorrência da suposta liberdade para prestação dos serviços (DAS ACEVEDO, 2017), nunca foi tão possível, em qualquer outro momento histórico, controlar com tanta precisão, o desempenho e o comportamento do trabalhador.

Todavia, tal percepção parece começar a mudar com o despertar de uma incipiente organização coletiva de tais

trabalhadores, que cada vez mais demandam por melhores condições de trabalho. A necessidade de proteção deve se estender a toda a cadeia, desde o consumidor até a outra ponta da relação, ou seja, o prestador do serviço, que deverá encontrar amparo adequado na legislação, com foco na pessoa humana (MISKULIN, 2019).

Não se trata de analisar simplesmente se o trabalhador possui ou não autonomia para determinar o início e o término da jornada, bem como a própria quantidade de horas trabalhadas, diante de inúmeros outros fatores que formam um complexo emaranhado de situações que limitam a aparente liberdade dos trabalhadores de aplicativo (DAVIDOV, 2017).

Assim, é necessário avaliar se há exercício de poder diretivo, o que pode ser avaliado por diversos critérios, tais como possibilidade de controle da jornada, propriedade dos meios de produção, assunção dos riscos do empreendimento; gerenciamento do mercado externo, captação e retenção de clientes; pessoalidade na prestação dos serviços; dependência econômica; possibilidade de vigilância dos atos praticados pelos trabalhadores; poder de iniciar e terminar a relação de forma unilateral, aplicação de punições, avaliações de desempenho, dentre outros.

No TST, os processos que chegaram a tal instância não lograram êxito em obter o reconhecimento do vínculo empregatício, sendo que, até o momento, a maior parte das sentenças de procedência ou parcial procedência foram proferidas pelas varas do trabalho, uma vez que os tribunais regionais também tendem ainda a adotar posição mais conservadora sobre o assunto.

Ainda, verifica-se o predomínio da propositura de ações individuais, o que dificulta ainda mais a uniformização do entendimento sobre o assunto bem como o próprio reconhecimento da categoria. Diante desse cenário de incertezas, é que surge a

necessidade da organização coletiva dos trabalhadores, a fim de reivindicar de forma adequada e mais assertiva a tutela de seus direitos.

2 O PAPEL DOS SINDICATOS E ASSOCIAÇÕES

No Brasil, a criação de sindicatos e associações encontra respaldo legal na Constituição Federal, na CLT e no Código Civil. As organizações coletivas laborais têm o intuito de conferir certas vantagens aos trabalhadores – ou estabelecer certa correlação de forças perante o capital, na medida em que haverá um deslocamento das questões relacionadas as suas condições de trabalho em sentido amplo (saúde, segurança do trabalho, remuneração, seguro de vida e saúde etc) do âmbito individual para o coletivo.

Todavia, no caso do trabalho prestado por plataformas, a falta de reconhecimento de vínculo empregatício e a diversidade de modelos de negócios em plataformas obsta, a princípio, a formação de uma categoria profissional homogênea e, por consequência, a fruição plena dos direitos coletivos (MACHADO, 2020).

No que diz respeito à atuação judicial das associações laborais em favor dos trabalhadores, é certo que esta apenas pode ser realizada depois da outorga, pelos seus associados, de autorização expressa (individual ou feita em assembleia) destinada a essa finalidade (art. 5º, XXI, CF/88), tratando-se, pois, de atuação restrita. Os sindicatos, por sua vez, possuem ampla liberdade de atuação judicial (art. 8, III, CF/88), o que permite a essas organizações coletivas a tutela de interesses coletivos da categoria, na condição de substituto processual, além de serem legitimados para provocar o exercício do poder normativo da Justiça do Trabalho e iniciar negociações com sindicatos patronais ou diretamente com

as empresas.

No caso das plataformas, destacam-se três limitações para o surgimento e fomento das negociações coletivas neste cenário, quais sejam: a) o capitalismo de plataforma estar em estágio incipiente; b) o número de trabalhadores ainda não ser expressivo e; c) algumas plataformas oferecerem resistência a dialogar de forma coletiva, seja pela ausência de organizações coletivas que tutelem seus interesses econômicos, seja pela “posição confortável” que possuem frente aos trabalhadores, na condição de “intermediadoras” do trabalho prestado (HANNAH JOHNSTON & CHRIS LAND-KAZLAUSKAS, 2018 apud KALIL, 2020).

De outro lado, vale destacar três aspectos benéficos da negociação coletiva em favor do trabalhadores de plataformas, quais sejam: a) possibilidade de pactuar acerca da qualificação dos trabalhadores, prevendo capacitações de longo prazo, para que a introdução de novas máquinas nas empresas não enfrente dificuldades em sua implementação e para manter os empregados atualizados profissionalmente; b) regulação do uso de novas tecnologias no local de trabalho, como a inteligência artificial, o big data e o monitoramento eletrônico da performance, com enfoque na vedação de coleta de informações que extrapolem os limites da relação de trabalho; c) adaptação das condições de trabalho, uma vez que a negociação coletiva é o modo mais rápido e flexível para se dar respostas às mudanças que ocorrem no mundo do trabalho (DE STEFANO, 2018 apud KALIL, 2020).

No Brasil, já existem algumas organizações coletivas, com atuação na reivindicação de direitos dos trabalhadores de plataformas, da qual destacamos a Associação dos Motoristas de Aplicativo de São Paulo (AMASP); Sindicato dos Motoristas de Transporte Privado Individual de Passageiros por Aplicativo do

Estado de Pernambuco; Sindicato dos Motoristas de Transporte Privado e Particulares Individual de Passageiros por Aplicativos e Plataformas Digitais de Fortaleza (Sindiaplic), este último inclusive já tendo ajuizado ação coletiva em relação a empresas de aplicativos de transportes (Uber e 99), no contexto da pandemia.

Assim, em que pesem as inúmeras dificuldades para formação dos sindicatos ou associações, decorrentes das limitações impostas pelas próprias plataformas, pela legislação trabalhista e ainda pelos entraves relacionados a instauração de diálogo entre os trabalhadores e as empresas, percebe-se que, cada vez mais, faz-se necessária uma análise crítica acerca das estratégias e da (re)organização dos trabalhadores das plataformas digitais, visando (re)inventar suas lutas contra capitalismo, agora em sua versão digital (ENGLERT; WOODCOCK; CANT, 2020).

3 ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

O Ministério Público, enquanto instituição essencial ao Estado Democrático de Direito, ganhou relevância com a Constituição Federal de 1988, abrangendo também o Ministério Público do Trabalho (MPT), conforme se verifica dos artigos 127 e 128 da Constituição. Dessa forma, nota-se a crucial importância da atuação do MPT na garantia dos direitos e de melhores condições de trabalho, inclusive para aqueles que prestam serviços junto às empresas de plataforma digital.

Ainda tratando Ministério Público, o texto constitucional traz os meios de atuação desta instituição no sentido de concretizar suas atribuições. Dentre os itens expostos no art. 129 da CF, que estabelece as funções institucionais do MP, vale ressaltar seu inciso III, que traz a atribuição de promover o inquérito civil e a ação civil

pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Por sua vez, dispõe o art. 7º, inciso XXII, também da Constituição, ser direito dos trabalhadores urbanos e rurais a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Referido inciso encampa o princípio protetor dos trabalhadores, na tentativa de garantir condições dignas para aqueles que trabalham, sejam eles empregados nos termos do art. 3º da CLT ou não.

Em recente artigo, registra FELICIANO (2020) a importância do inciso XXII do Art. 7º da CF:

E como corolário do direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado, a Constituição Federal consagrou, no seu artigo 7º, XXII, o direito social fundamental à "redução dos riscos inerentes ao trabalho", que: a) realiza no plano laboral o princípio jurídico-ambiental da melhoria contínua ou do risco mínimo regressivo; b) é titularizado por todos os trabalhadores, sejam ou não subordinados; e c) traduz-se, para os empresários, nos deveres de antecipação, de planejamento e de prevenção dos riscos labor-ambientais.

Assim, a redução dos riscos inerentes ao trabalho e a proteção aos trabalhadores, partindo-se da garantia do direito à sua saúde, higiene e segurança, comando externado no art. 7º, XXII da CF, são fundamentos jurídicos para a atuação do MPT na busca por melhores condições para aqueles que exercem suas atividades laborais junto às empresas de plataformas digitais.

Igualmente, também merece destaque a aplicação da Convenção nº 155 da OIT, como fonte jurídica a embasar a busca pela implementação de melhores condições, conforme pontua, mais uma vez, a lição de FELICIANO (2020):

Em linha com tal diretriz constitucional, a Convenção nº 155 da OIT, ratificada pelo Brasil, estabelece em seus artigos 16 a 19 que as empresas são obrigadas a garantir a segurança de seus processos operacionais com relação à integridade psicofísica de seus trabalhadores, bem como a implementar todas as medidas cabíveis, segundo a melhor técnica disponível, para elidir ou minimizar os riscos existentes em seus ambientes de trabalho, incluindo-se, aí, a elaboração de procedimentos destinados a lidar com situações de urgência.

Assim, há farta normatização jurídica a garantir a atuação do MPT na proteção dos trabalhadores de empresas de plataformas digitais. Diante das já mencionadas dificuldades de organização coletiva dos trabalhadores de plataforma, cabe ao MPT assumir o protagonismo de zelar pela proteção de tal categoria, bem como pelo estrito cumprimento da lei e pela garantia da efetividade dos direitos constitucionais, em especial os relativos aos trabalhadores.

A título de exemplo, vale mencionar duas ações judiciais propostas pelo MPT em face de empresas de plataformas digitais. Falamos das Ações Civas Públicas n. 1000405-68.2020.5.02.0056 (56.^a Vara do Trabalho da Capital do Estado de São Paulo, reclamada a empresa RAPPI BRASIL INTERMEDIACÃO DE NEGÓCIOS LTDA.) e 1000396-28.2020.5.02.008 2(82.^a Vara do Trabalho da Capital do Estado de São Paulo, reclamada a empresa IFOOD.COM AGÊNCIA DE RESTAURANTES ON LINE S A), ambas propostas no contexto da pandemia causada pela transmissão do Covid-19, com o objetivo de proteger, em especial, a saúde dos trabalhadores que atuam por meio de plataformas digitais, o que revela a legitimidade da instituição;

Desse modo, verifica-se que os mesmos fundamentos jurídicos que permitem a atuação do MPT na proteção da saúde dos

trabalhadores de forma geral devem ser aplicados às empresas de plataformas digitais, em especial quando estivermos diante da necessidade de proteção desses trabalhadores em qualquer grau, intensidade ou circunstância.

Qualquer direito de referidos trabalhadores deve ser protegido, pois devemos almejar a construção de relações de trabalho que garantam a dignidade dos trabalhadores, partindo da premissa amplamente defendida pela OIT de que todo trabalho há que ser decente, em todos os seus aspectos.

CONCLUSÃO

As plataformas digitais trouxeram uma nova estrutura de prestação de serviços, que, por sua própria arquitetura, é capaz de gerar o aprofundamento da precarização das relações de trabalho, ao favorecer a exploração da mão-de-obra em condições incompatíveis com os patamares mínimos de proteção trabalhista. Diante disso, surgem novos desafios, cujas respostas devem ser perseguidas de forma constante, a fim de se obter a proteção adequada aos direitos de tais trabalhadores.

Considerando a baixa efetividade das tutelas prestadas por meio de ações individuais, até o momento, bem como a falta de interesse político na regulação do assunto, a organização coletiva dos trabalhadores de plataformas se mostra um caminho viável para a reivindicação de direitos. Nesse contexto, surge espaço ainda para atuação do MPT, tendo em vista os entraves encontrados para a constituição de sindicatos e associações dos trabalhadores de plataforma, por meio de sua vocação para atuar de forma coletiva em prol dos direitos dos trabalhadores.

Desse modo, revelou-se a imprescindibilidade da proteção

dos direitos laborais dos trabalhadores das plataformas digitais por meio da tutela coletiva.

REFERÊNCIAS

COM pandemia, entregadores de app têm mais trabalho, menos renda e maior risco à saúde. **BBC Brasil**, 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53258465>>. Acesso em: 03 de ago. 2020

CONGER, Kate. Uber and Lyft Get Reprieve After Threatening to Shut Down. **The New York Times**, 2020. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2020/08/20/technology/uber-lyft-california-shutdown.html>>. Acesso em 31 de ago. 2020.

DAS ACEVEDO, Deepa. Invisible bosses for invisible workers, or why the sharing economy is actually minimally disruptive, 2017. **University of Chicago Legal Forum**: Vol. 2017 , Article 3. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol2017/iss1/3>> Acesso em: 20 jul. 2020.

DAVIDOV, Guy. The status of uber drivers: a purposive approach. **Spanish Labour Law and Employment Relations Journal**, 2017. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2877134>>. Acesso em 10 ago. 2020.

ENGLERT, Sai; WOODCOCK, Jamie; CANT, Callum. Operaísmo Digital: tecnologia, plataformas e circulação das lutas dos trabalhadores. São Leopoldo: **Revista Fronteiras - estudos midiáticos**, vol. 22. nº 1, janeiro/abril 2020.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Coronavírus e o meio ambiente do trabalho: ‘novo normal’ no juslaboralismo.**

Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-01/feliciano-ebert-coronavirus-meio-ambiente-trabalho>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

KALIL, Renan Bernardi. Organização Coletiva dos Trabalhadores no Capitalismo de Plataforma. **Contracampo**, Niterói: v. 39, n. 2, ago./nov. 2020.

MACHADO, Sidnei. Representação coletiva dos trabalhadores em plataformas digitais. p. 432-440. In: CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI Tiago Muniz; DA FONSECA, Vanessa Patriota (Org.). **Futuro do trabalho: os efeitos da revolução digital na sociedade**. Brasília: ESMPU, 2020.

MISKULIN, Ana Paula Silva Campos. Uber: da ficção à realidade: considerações iniciais sobre a natureza de suas atividades e da relação jurídica que mantém com passageiros e motoristas. In: Guilherme Guimarães Feliciano; Ana Paula Silva Campos Miskulin. (org.). **Infoproletários e a uberização do trabalho: direito e justiça em um novo horizonte de possibilidades**. São Paulo: LTr, 2019, v. 1, p. 55-67.

PASQUALETO, Olívia de Quintana Figueiredo. Retrato descritivo da jurisprudência sobre a intermediação do trabalho por aplicativos nos tribunais superiores brasileiros. **Direito Inovação Tecnologia – Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo**, 2020. Disponível em: <<http://ditec.esaoabsp.com/2020/06/15/retrato-descritivo-da-jurisprudencia-sobre-a-intermediacao-do-trabalho-por-aplicativos-nos-tribunais-superiores-brasileiros/>>. Acesso em: 03 de ago. 2020

SANSOM, Anna. Bicycle couriers protest against takeaway food service Deliveroo. **France 24**, 2017. Disponível em: <<https://www.france24.com/en/20170812-france-paris-protest-food->

delivery-service-deliveroo-financial-insecurity-emmanuel-macron>. Acesso em 31 de ago. 2020.

O ASSÉDIO MORAL NO MUNDO DO TRABALHO CONTEMPORANEO

MORAL HARASSMENT IN THE WORLD OF CONTEMPORARY LABOR

*João Lucas Gramilik Nascimento*¹⁵¹

*Natália Del Caro Frigini*¹⁵²

*Cláudio Jannotti da Rocha*¹⁵³

RESUMO

O alto índice de desemprego e legislação flexibilizada tornam o trabalhador brasileiro vulnerável. O pavor diante do cenário de desemprego torna-o naturalmente mais submisso. A problemática se agrava diante do paradigma do trabalhador pós-moderno que se compreende enquanto empresa, através da pejotização. A cobrança

¹⁵¹ Graduando do 7º período do Curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); membro do grupo de pesquisa: Trabalho, Seguridade Social e Processo: diálogos e críticas, da UFES, com registro do Diretório de Grupos de Pesquisa do CNPq. E-mail: jlgramilik@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6639656320217024>

¹⁵² Graduada do 4º período do Curso de Direito na Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); do grupo de Pesquisa Trabalho, Seguridade Social e Processo: diálogos e críticas, da UFES, com registro do Diretório de Grupos de Pesquisa do CNPq. E-mail: nataliadelcaro00@gmail.com
<http://lattes.cnpq.br/1640517031800671>

¹⁵³ Professor Adjunto do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pós-Doutorando em Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Doutor e Mestre em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS). Coordenador do Grupo de Pesquisa Trabalho, Seguridade Social e Processo: diálogos e críticas (UFES-CNPq). Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2379-2488>

não se restringe mais ao ambiente externo, a autoexigência de desempenho e produtividade, associada a competitividade e rivalidade emergente da instabilidade diante da manutenção da vaga de emprego, torna o trabalhador míope em relação ao limite da exploração. Este fica mais suscetível a condutas depreciativas, vexatórias, abusivas, humilhantes e desproporcionais, que ofendem a dignidade como um todo, além do cenário ser estimulante ao patrão, que em decorrência da crescente assimetria de poder em desaproveito do trabalhador, sente-se cada vez mais legitimado para exigir. Este artigo relaciona o possível aumento dos números de assédio moral com o perfil do trabalhador pós-moderno e apresenta a legislação tangente ao tema.

Palavras-chave: Trabalho. Assédio. Exploração. Impactos. Legislação abrangente.

ABSTRACT

The high unemployment rate and flexible legislation make Brazilian workers vulnerable. The dread of the unemployment scenario naturally makes them more submissive. The problem is aggravated by the paradigm of the postmodern worker, who understands himself as a company. The collection is no longer restricted to the external environment, they have now self-demand for performance and productivity, associated with competitiveness and rivalry emerging from instability in the face of maintaining the job vacancy, makes the worker short-sighted in relation to the limit of exploration. They are more susceptible to derogatory, vexing, abusive, humiliating and disproportionate behaviors, which offend dignity as a whole, in addition to the scenario being stimulating to the boss, who, as a result of the growing asymmetry of power in disuse of the worker, feels increasingly more legitimate to demand. This article makes a brief apparatus on moral harassment, relates the possible increase in the number of harassment with the profile of the postmodern worker and presents the legislation tangent to the theme.

Keywords: Labour. Harassment. Exploration. Impacts. Embracing

legislation.

INTRODUÇÃO

Sob o véu do neoliberalismo emerge o individualismo e concomitantemente a autogestão, a ideia de que caso exista um fracasso, ele decorre única e exclusivamente da incompetência de si, Foucault já dizia (1979, p. 91), “não há liberalismo sem cultura do perigo”. O perigo é o fracasso, e a eminência dele acentua a natureza do homem pós-moderno, sujeito da competição e do desempenho (DARDOT; LAVAL, 2016). Justamente diante disto se vê não apenas o aumento da autoexigência, mas também da submissão. A comparação e a ideia de hiper produtividade remodelaram o trabalhador, diante da sempre eminente perda de emprego, a tensão e a pressão permanecem constantes. Ainda que o trabalho seja integralmente concluído, há sempre o desejo de ter feito mais, fornecer qualquer resquício de especialidade que proporcione uma mínima estabilidade. O trabalhador valorizado pelo mercado é aquele que mais consegue se sujeitar as exigências, e que, justamente por isso, também é o mais vulnerável ao assédio. É míope diante dos limites da relação de emprego e é apavorado diante do atual cenário de desemprego e informalidade.

A ideia de escolha entre doar-se mais ou menos à empresa é quase que ilusória, o mercado valoriza o manipulado e conduzido, o sujeito que reconhece seus limites é considerado contraproducente, e o patrão se sente cada vez mais legitimado para exigir, porque, seja pela flexibilização da legislação trabalhista, seja pela legião de desempregados procurando emprego, o trabalhador fica cada vez mais vulnerável e impotente, permitindo e facilitando a emersão do assédio moral.

Posto isto, busca-se demonstrar como o perfil do trabalhador pós-moderno o torna vulnerável ao assédio e como a homogeneização da hiper produtividade embaça a percepção dos limites da relação de emprego, assim como o desemprego estrutural no Brasil favorece a manutenção do assédio moral. O tema é de grande relevância à sociedade em geral, uma vez que as relações de trabalho estão presentes, direta ou indiretamente, na vida de todos os brasileiros, sendo certo que os resultados dessas relações, sejam eles positivos ou negativos, interferem diretamente na vida de milhões de pessoas que estão ou não no mercado de trabalho, não importando se de maneira formal ou informal.

1. CENÁRIO EMPREGATÍCIO E DESENVOLVIMENTO DO ASSÉDIO MORAL

O assédio moral está fortemente relacionado à pressão proveniente da competição generalizada e incentivada pela necessidade em atingir metas, ou pela avaliação de desempenho individual sob uma ótica comparativa que deixa claro a incitação à competitividade e rivalidade, entretanto, diante da crise instaurada, a disponibilidade de recursos fica reduzida e, conseqüentemente, a produtividade passa a ser fortemente exigida. O empeco justamente se instala quando os métodos utilizados para exigir ultrapassam a razoabilidade e alcançam caráter depreciativo e humilhador, que reduz e desestabiliza o trabalhador. Sobre isto atenta Ana Paula Saladini (2007, p. 965):

Na atual cultura empresarial, o medo e o sofrimento do trabalhador têm sido utilizados ora como meios de incremento da produção, sob o rótulo de sistema de gestão, ora como mera demonstração arbitrária de poder por parte de chefias despreparadas e que utilizam

tais práticas como válvula de escape da própria perversidade e agressividade. A rotina de causar medo e sofrimento pode configurar assédio moral.

Destacam-se como fatores sintomáticos acerca do assédio moral no ambiente de trabalho: prazos rigorosos; o aumento do ritmo; atividades extenuantes; diminuição do número de trabalhadores; rotatividade; afastamentos e adoecimentos; causas da demissão; maiores volumes de trabalho; maior pressão no emprego (AGEST, Agência Europeia para Saúde e Segurança no Trabalho, 2010).

E justamente diante da precarização, perspectiva cada vez mais ascendente no Brasil, que emerge a intensificação e densificação do trabalho, as exigências vão desde maior controle nos postos de trabalho e redução do tempo destinado às necessidades fisiológicas até a necessidade de flexibilização da rotina dos trabalhadores de forma que se molda para melhor corresponder às necessidades da empresa (BARRETO, 2013). Esse panorama de cobrança ainda incita o assédio horizontal, que resulta em problemas interpessoais, competitividade/rivalidade para alcançar destaque, manter-se no cargo ou disputar cargo ou promoção (ALKIMIN, 2013).

A constituição das relações de trabalho moderna, com a globalização, e o paradigma do indivíduo produtivo caminham naturalmente para o assédio moral. A liquidez das relações trabalhistas está sempre diante do fim iminente. Como salienta Bauman (2001, p. 185):

ninguém pode, portanto, sentir-se insubstituível - nem os já demitidos nem os que ambicionam o emprego de demitir os outros. Mesmo a posição mais privilegiada pode acabar sendo apenas temporária e 'até disposição em contrário' na falta de segurança de longo prazo, a 'satisfação instantânea' parece uma estratégia razoável.

E é sob o desamparo da descartabilidade que ascende a

necessidade de competir e conquistar, a ideia de potencializar recursos diminuindo custos é facilmente traduzida como o terreno fértil a ser plantado o assédio. Se em meados das décadas de 70-90 os trabalhadores se deparavam com a estabilidade perante a dedicação de tempo em um emprego ou com a conquista de certo grau de escolaridade, hoje isso se desconstrói. Ainda nas palavras de Bauman (2001, p. 178):

No mundo do desemprego estrutural ninguém pode se sentir verdadeiramente seguro. Empregos seguros em empresas seguras parecem parte da nostalgia dos avós; nem há muitas habilidades e experiências que, uma vez adquiridas, garantam que o emprego será oferecido e, uma vez oferecido, será durável

O mercado se tornou mais exigente, mormente através da pós-verdade. O processo de modernização foi oneroso para o trabalhador, ao mesmo tempo que a mecanização aterrou grande parte das vagas de emprego, exigiu uma maior qualificação e disposição do trabalhador. Não basta agora o exercício regular das funções, o mercado exige incisivamente o sujeito proativo que remodela a própria vida em proveito da empresa. O assediado é coibido cada vez mais a fazer mais por menos, o perfil de trabalhador valorizado é vizinho daquele que ativamente abdica de recorrer a seus direitos porque a iminência do desemprego e da informalidade são mais aterrorizantes do que a submissão à degradação do assédio. É importante salientar que o assédio é progressivo, ou seja, o assediado não é, via de regra, exposto ao ultraje mais injurioso imediatamente, o que deixa nebuloso o diagnóstico, haja visto a subjetividade marcante do assédio moral.

2. IMPACTOS SOCIAIS EM DECORRÊNCIA DO ASSÉDIO

O ambiente de trabalho é o local onde o sujeito passa a maior parte do seu dia, o que demonstra a relevância de que seja este um local sadio, de relações interpessoais respeitadas que não provoquem prejuízos aos envolvidos. O assédio neste ambiente pode causar inúmeros danos a vida do trabalhador. Seja no próprio trabalho, ou até mesmo em suas relações sociais. A desmotivação, apatia, ansiedade e depressão podem se tornar parte da realidade do indivíduo que passa a enxergar o trabalho como um castigo ao qual ele está diariamente fadado em virtude da necessidade de prover sua subsistência e de sua família.

O assédio moral gera sofrimento psíquico ao assediado e faz com que este se sinta constantemente mal perante seus pares em seu ambiente de labor. A vítima sente forte emoção por ser ofendido, rebaixado, excluído, menosprezado e vexado. Resultado destes ataques, o assediado apresenta sentimentos como angústia, tristeza, indignação, raiva, revolta, mágoa, inutilidade, desvalorização pessoal e profissional, que podem conduzi-lo a uma realidade de perda de identidade e valores, depressão, chegando, em casos extremos, ao suicídio. O declínio psicológico causado no ambiente de trabalho se estende ao convívio social, com o assediado apresentando comportamentos agressivos e tendência ao isolamento, haja visto o seu comportamento nocivo perante seus próximos, que causam tanto no indivíduo quanto nos conviventes, dor e consternação (MELO et al., 2017).

Além dos danos psicológicos, o assédio pode provocar diminuição nos ganhos financeiros. A exposição contínua a situações vexatórias afeta consideravelmente a capacidade laboral. Nos casos onde o empregado possui remuneração por produtividade e ganhos de

comissão, as constantes cobranças e as situações degradantes, fazem com que o indivíduo se sinta inferior e incapaz de atingir determinada meta e, por conseguinte, obter maior êxito financeiro. Essa perda pecuniária pessoal e empresarial pode ocasionar a demissão desse empregado, que a partir desse quadro, se tornará ainda mais suscetível a todos os supracitados problemas psicológicos.

Os prejuízos do assédio moral no ambiente de trabalho não recaem apenas sobre o assediado. Com a desmotivação, perda de identidade e apatia da vítima, o trabalho se torna missão das mais dolorosas, o que reflete em um baixo empenho do trabalhador, que por sua vez se torna menos lucrativo. O ambiente de trabalho torna-se contaminado, sobe a frequência de críticas dos subordinados, a insatisfação se faz presente e o trabalho em equipe se torna raro ou contraproducente.

Todos esses fatores afetam diretamente a saúde financeira da empresa, que depende da colaboração, boa comunicação, trabalho em equipe de todos os funcionários para o seu melhor desempenho. As situações de abusos configuradas como assédio moral tornam essa missão algo muito distante da realidade dessas corporações, agravando significativamente o quadro financeiro já prejudicado por fatores externos.

Os prejuízos decorrentes do assédio não permanecem apenas dentro das relações de trabalho, a família da vítima sofre com os danos causados ao assediado, seja pela mudança de comportamento, seja pela diminuição da renda do lar. Não são raros os casos de trabalhadores que carregam para seus lares as angústias provenientes de tratamentos equivocados no ambiente de trabalho, o que acaba por gerar diminuição na participação da vida familiar, distanciamento emocional dos filhos, esposa, pai e mãe ou ausência em momentos de celebração.

Por fim, cabe mencionar que além do assediado, família e empresa, a sociedade no geral também arca com as consequências do assédio uma vez que, ao ser acometido pelos danos psicológicos, morais e físicos resultantes do assédio moral, o trabalhador, muitas vezes, busca o serviço público de saúde e procura a reparação por meio do sistema judiciário, o que contribui para o abarrotamento destes serviços tão necessários a todos os brasileiros.

São muitas as consequências na vida do trabalhador que derivam do assédio no ambiente de trabalho. Lares rompidos, crises financeiras nas empresas ou no lar do trabalhador, entre outros problemas. Essas situações não podem ficar sem solução, ensejando uma ação efetiva do Poder Público com fulcro de preservar a integridade psíquica, moral e até mesmo física dos trabalhadores.

3. CONSEQUÊNCIAS LEGAIS DO ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO

3.1 Tutela Jurídica Constitucional

O assédio moral pode causar inúmeros danos ao assediado, ensejando a reparação destes desvios com vista a diminuir o sofrimento causado à vítima. A doutrina majoritária possui o entendimento de que o assédio é ato ilícito, que fere os direitos da personalidade, que é conceituada como conduta abusiva, praticada de forma reiterada, que atinge o psicológico do assediado e que possui a finalidade de afastar a vítima de um determinado grupo, imputando grave sofrimento (SOUSA, 2019). Medidas que têm por objetivo punir os agressores e evitar a repetição das agressões devem ser discutidas e aplicadas aos casos concretos. Ao falarmos do assédio moral no ambiente de trabalho, estamos falando de prejuízos a

dignidade da pessoa humana, o que resultará na possibilidade de ressarcimento por danos morais e até mesmo danos patrimoniais.

Afirma Menezes (2004, p. 10), que o assédio moral agride a dignidade da pessoa humana, prevista no inciso III do artigo 1º da CF/88 e afronta o preceito que assegura o meio ambiente sadio, inclusive do trabalho, que está previsto no art. 225, da CF/88.

O citado dispositivo constitucional (art. 225, da CF/88) vincula o empregador a obrigatoriedade de proteção ao meio ambiente do trabalho. Essa proteção tem por objetivo proporcionar a alcançar uma sadia qualidade de vida e, para tanto, o homem precisa viver em um ambiente equilibrado (MELO, 2001). Ainda no bojo da Constituição Federal, cabe mencionar o princípio da dignidade da pessoa humana como mais uma maneira de proteger os trabalhadores vítimas de assédio. A respeito da dignidade da pessoa humana, leciona Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p.60):

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

O princípio da dignidade da pessoa humana resguarda a todo o cidadão o direito de ser respeitado e não degradado, preservando suas individualidades e diferenças. Esse respeito deve ser preservado pelo Estado e por toda a comunidade, o que vincula o ambiente de trabalho, tendo em conta ser o trabalho local integrante da comunidade

em geral.

O artigo 5º da CF/88, em seus incisos V e X, também garante direitos aplicáveis a todos cidadãos, inclusive os trabalhadores em seu ambiente de labor, sendo eles: proteção à intimidade, à honra, à vida privada, à imagem, à moral, a propriedade material e moral, com possibilidade de ressarcimento do dano moral, direitos que em situações de assédio são desrespeitados. (MELO et al., 2017)

3.2 Tutela jurídica infraconstitucional

Em se tratando de normas infraconstitucionais, o Código Civil brasileiro, precisamente no artigo 186, prevê a responsabilização civil de quem por imprudência ou negligência violar e causar dano a outra pessoa, mesmo que apenas moral. Segundo Silvio Rodrigues (2006,p.3):

A responsabilidade civil é a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam.

Portanto, a conduta humana, o dano e o nexo de causalidade são pressupostos necessários para a verificação da responsabilidade civil, sendo certo que, faz-se necessária a existência dos três pressupostos de maneira simultânea no caso concreto. Para a responsabilização de outrem por dano ou prejuízo, deve ocorrer ação ou omissão pelo agente ou por terceiros que estejam sob sua responsabilidade.

No ambiente de trabalho, as agruras provocadas pelo assediador, como vimos, podem desencadear sofrimento psicológico ao assediado. Do sofrimento psicológico, derivam percalços na vida financeira e até mesmo saúde física do indivíduo, vez que muitas

doenças físicas são provocadas a partir do sofrimento psíquico. (SILVA, 2005) Essas lesões em diferentes nichos da vida do trabalhador requerem reparação e punição. Reparar os danos imputados à vítima, punir o agente praticante do ato e desencorajar a sociedade na prática lesiva, são as funções da responsabilidade civil, (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p.47-48) assevera:

o agente que cometeu o ilícito tem a obrigação de reparar o dano causado, buscando restaurar o status quo ante, obrigação esta que, não sendo possível, é convertida em pagamento de indenização, caso haja possibilidade de avaliação pecuniária do dano, ou de uma compensação, no caso de não ser possível estimar patrimonialmente este dano.

A relação de emprego consiste em um estado de sujeição pessoal, no qual o trabalhador está juridicamente subordinado ao seu empregador, razão pela qual esta relação traduz-se em ambiente propício a todo os tipos de arbitrariedades e lesões ao trabalhador, notadamente no que toca aos direitos de personalidade e respeito à dignidade profissional e pessoal.

O assédio moral no ambiente de trabalho evidencia a existência de um dano à moral do trabalhador tendo em vista que a conduta do agressor possivelmente irá refletir nos sentimentos da vítima. A condenação do assediador ao pagamento de danos morais à vítima visa compensar a dor sofrida e ao mesmo tempo proporciona a perda patrimonial do assediador no intuito de puni-lo por todos os males causados e evitar que a conduta reprovável e ilícita perdure.

Em outras palavras, o combate ao assédio moral encontra respaldo jurídico na legislação constitucional e cível, sendo aplicável subsidiariamente às relações do direito do trabalho. Neste sentido, quanto aos danos morais, o trabalhador pode requerer, junto à Justiça do Trabalho indenização pelos danos morais suportados. (MELO et

al., 2017)

Nos casos onde assediador é também subordinado à mesma empresa que o assediado, em consonância com a legislação (artigo 932, inciso III do Código Civil), o dano provocado por funcionário da empresa pode recair sobre o empregador. O entendimento é de que o empregador é culpado por escolher mal o seu funcionário assediador, sendo objetivamente responsável pelos danos morais e materiais. O artigo 483 da CLT (1943) prevê hipóteses em que o trabalhador poderá rescindir o contrato e pleitear indenização, todavia, esses dispositivos não abordam diretamente a questão do assédio moral, pois tratam somente dos efeitos do assédio sobre a continuidade da relação de trabalho, não determinando meios satisfatórios de compensação ao assediado, nem estabelecendo normas de prevenção do assédio. Ao assediar a vítima, o agressor incide, do ponto de vista das obrigações contratuais, nas hipóteses tipificadas no artigo supramencionado, configurando inadimplemento contratual no que concerne às obrigações contratuais e legais da relação de trabalho.

Certamente os trabalhadores brasileiros estariam mais bem amparados se houvesse legislação específica para o tema. No Brasil existem diversos projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional objetivando a tipificação do assédio moral no trabalho, inclusive como conduta prevista no Código Penal. É o caso do projeto de lei 4742/2001 que busca introduzir o art. 146-A no Código Penal Brasileiro, tornando o assédio moral no trabalho conduta criminosa. O PL ainda precisa da aprovação do Senado e sanção presidencial para entrar em vigor. No cenário internacional emergiu a Convenção 190 da OIT, que trata justamente sobre este tema.

Nos casos mencionados ao longo desse artigo como quando o empregador exige o cumprimento de metas muito distantes da realidade, configura-se o instituto da dispensa direta. As situações de

humilhação, vexame, também incidem no mesmo instituto sob o argumento de que, ainda que o empregado faça jus a alguma cobrança, o empregador ou superior que opta por práticas de assédio moral, escolhe equivocadamente a maneira com a qual se deu o trato com o funcionário. A dispensa direta também ocorre quando há grave ofensa a boa fama ou à honra do empregado, assim como qualquer ofensa física.

É clarividente que o assédio moral não é a maneira correta e eficaz de se cobrar algum colaborador, além de não poder ser tolerável a prática deste ilícito por qualquer colaborador em face de outro, vez que a atitude ocasiona diversos males a saúde mental, física, financeira da vítima.

No atual cenário de desemprego no qual a tendência é que surjam mais casos de assédio moral em virtude das elevadas cobranças por resultados, é papel do Poder Público a proteção ao trabalho e ao trabalhador. Esta proteção pode se dar por meio do debate e aprovação de projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional.

CONCLUSÃO

O assédio no mundo do trabalho sempre esteve presente, todavia, diante do destemperado mercado de trabalho brasileiro e do perfil ascendente de trabalhador valorizado, que ao entender-se como uma empresa, cobra-se desempenho e produtividade incessantemente, tenta sempre um superávit produtivo para assegurar a vaga de emprego que é instável, aumenta-se não só a competitividade como a rivalidade, além de tornar nebulosa a área de razoável exigência do patrão, nesse sentido, a área para emersão do assédio moral torna-se fértil.

O atual contexto de hiper produtividade condicionada é

determinante para o agravamento dos casos de assédio moral que ocorrem principalmente diante de cobrança por desempenho e constante medo de perda do posto de trabalho ante à fragilidade das relações de emprego e com o advento da reforma trabalhista de 2017.

A legislação vigente não aborda diretamente o tema do assédio moral o que acaba por agravar a problemática diante da abrangência do que pode ou não ser elencado como assédio. Discutir o tema é de fundamental relevância para criação da consciência do que é assédio moral no trabalho bem como para cobrar dos representantes a discussão e aprovação de legislação competente sobre o tema a fim de que essas condutas destrutivas à vida do trabalhador sejam punidas, recompensadas e, por fim, extintas do ambiente de trabalho.

REFERÊNCIAS

ALKIMIN, M. A. **Assédio moral na relação de trabalho**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2013.

BARRETO, Margarida. **Assédio moral: trabalho, doenças e morte. Compreendendo o assédio moral no ambiente de trabalho**, São Paulo - SP, p. 15-16, 2013. Disponível em: <http://www.assediomoral.ufsc.br/files/2013/03/Seminario-Combate-AMT-Fundacentro-2013.pdf>

BAUMAN, Z. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo.**: Boitempo, 2016. p. 353.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 17. ed. aum. São Paulo: Saraiva, 2019. 47-48 p. v. 3.

MARTINS, Sergio Pinto. **Assédio Moral**. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, São Paulo, n. 13, p. 434, jan/dez. 2008.

MELO, Raul Henrique Beserra et al. **As consequências do assédio moral no ambiente de trabalho**. JUS, [s. l.], p. 1, maio 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58030/as-consequencias-do-assedio-moral-no-ambiente-de-trabalho>. Acesso em: 22 ago. 2020.

MELO, Sandro Nahmias. **Meio ambiente do trabalho: direito fundamental**. São Paulo: LTr, 2001.

SALADINI, Ana Paula. **Trabalho, medo e sofrimento: considerações acerca do assédio moral**. Revista LTr, v. 71, nº 8, ago./2007, p. 965

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Jorge Luiz de Oliveira da. **Assédio moral no Ambiente de Trabalho**. Rio de Janeiro: Editora e Livraria Jurídica do Rio de Janeiro, 2005.

SOUSA, Ana Karoline Silva. **A Proteção do Trabalhador Vítima do Assédio Moral Frente a Inexistência de Legislação Federal**. Âmbito Jurídico, [s. l.], 4 dez. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-trabalho/a-protecao-do-trabalhador-vitima-do-assedio-moral-frente-a-inexistencia-de-legislacao-federal/>. Acesso em: 30 ago. 2020.

O DANO IMATERIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: IMPACTOS TRAZIDOS PELA LEI Nº 13.467 de 2017

IMMATERIAL DAMAGE IN WORK RELATIONS: IMPACTOS BROUGHT BY LAW Nº 13.467/2017

*Lucas de Carvalho Franco*¹⁵⁴

*Jair Aparecido Cardoso*¹⁵⁵

*Ricardo Estevão Soares de Ávila*¹⁵⁶

RESUMO

O presente artigo busca desenvolver o conceito de dano imaterial no âmbito das relações trabalhistas, e investigar as mudanças trazidas pela Reforma Trabalhista, nome pelo qual ficou conhecida a Lei Nº 13.467/2017. O dano imaterial trabalhista, entendido aqui como sinônimo de dano moral, é aquele que decorre no âmbito da relação de trabalho e gera lesões imateriais, atingindo aspectos não pecuniários e colidindo com atributos da personalidade da pessoa, seja natural ou jurídica. Tal instituto é anterior à Constituição Federal de 1988, mas foi contemplado de forma bastante enfática por ela, uma vez que a Carta Magna consagrou a dignidade da pessoa humana como princípio fundante do Estado brasileiro, bem como previu a

¹⁵⁴ Graduando em Direito pela Universidade de São Paulo. E-mail: lucas_franco@usp.br.

¹⁵⁵ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP-USP). Coordenador de do grupo de pesquisa "Transformação do Direito do Trabalho na sociedade pós-moderna e seus reflexos no mundo do trabalho (GEDTRAB FDRP/USP). E-mail: jaircardoso@usp.br.

¹⁵⁶ Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo. E-mail: adv.ricardoestevao@gmail.com

indenização pelo dano moral de forma expressa. Neste sentido, é importante compreender a disciplina jurídica voltada para este instituto, afim de melhor tutelar os interesses. Importante foi a aprovação da Reforma, em 2017, uma vez que previu, pela primeira vez na Consolidação das Leis Trabalhistas, o dano imaterial. Entretanto, a previsão foi feita com certas imprecisões conceituais, além de alguns vícios. Isto levou a que muitos doutrinadores tecessem críticas contundentes a ela. Para fins desta investigação, foi utilizada extensa pesquisa bibliográfica em doutrinas e livros especializados, bem como levantamento de jurisprudência em tribunais, para melhor compreender o fenômeno. A conclusão a que se chegou é que, apesar da grande importância e relevância prática do tema, a previsão legal ainda é dada por regramentos civis e constitucionais, sendo que a legislação trabalhista atinente ao tema foi dada principalmente pela lei reformista, a qual possui tendências exclusivistas e tencionou fixar parâmetros objetivos de forma prejudicada. Ainda assim, pode ser considerada um avanço legislativo, pela própria iniciativa de regar o tema em termos do Direito do Trabalho.

Palavras-chave: dano imaterial; reforma trabalhista; indenização; Direito do Trabalho.

ABSTRACT

This article seeks to develop the concept of immaterial damage in the scope of labor relations, and to investigate the changes brought about by the Labor Reform, the name by which Law N° 13.467/2017 was known. Immaterial labor damage, understood here as a synonym for moral damage, is that which occurs within the scope of the employment relationship and generates immaterial injuries, affecting non-pecuniary aspects and colliding with attributes of the person's personality, whether natural or legal. Such an institute predates the Federal Constitution of 1988, but it was very emphatically contemplated by it, since the Magna Carta enshrined the dignity of the human person as a founding principle of the Brazilian State, as

well as provided for indemnity for moral damage in an express way. In this sense, it is important to understand the legal discipline aimed at this institute, in order to better protect interests. Important was the approval of the Reform in 2017, since it provided, for the first time in the Consolidation of Labor Laws, immaterial damage. However, the forecast was made with certain conceptual inaccuracies, in addition to some vices. This led many doctrines to make strong criticisms of it. For the purposes of this investigation, extensive bibliographic research in specialized doctrines and books was used, as well as a survey of jurisprudence in courts, to better understand the phenomenon. The conclusion reached is that, despite the great importance and practical relevance of the theme, the legal provision is still given by civil and constitutional rules, and the labor legislation related to the theme was given mainly by the reformist law, which has exclusivist tendencies and intended to set objective parameters in a damaged way. Even so, it can be considered a legislative advance, due to the initiative to regulate the theme in terms of Labor Law.

Keywords: immaterial damage; labor reform; indemnity; Labor Law.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar, de maneira sistemática e aprofundada, o instituto jurídico do dano imaterial, que surge, de maneira explícita e indiscutível, na Constituição. Após isso, começou a ser incorporado por outros ramos como o Direito Civil, sendo transferido posteriormente para a seara trabalhista de modo a cumprir o disposto no Art. 5º, incisos V e X da Constituição Federal de 1988, que assim diz:

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

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, *além da indenização por dano material, moral ou à imagem*; (grifo nosso)

(...)

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

Na própria redação da Consolidação das Leis Trabalhistas (Decreto-Lei Nº 5.452 de 1943) já haviam certos acenos, ainda que tímidos, à possibilidade de indenização por danos morais, conforme será melhor descrito em momento oportuno. Até o advento da Carta Magna atual, haviam algumas discussões jurisprudenciais sobre a possibilidade, ou não, da indenização por danos morais, uma vez que esta seria dificilmente calculável, por afetar aspectos personalíssimos do lesado. Ainda assim, a legislação esparsa já caminhava no sentido de reconhecer sua possibilidade jurídica, seguindo o entendimento doutrinário majoritário da época.

Uma vez promulgada a Constituição de 1988, tal possibilidade recebeu assento constitucional pela consagração da mesma como direito individual constante do Art. 5º, supracitado. Ainda no Texto Constitucional, o Art. 1º, inciso III, consagra a dignidade da pessoa humana como valor fundante da República Federativa do Brasil, elevando então os aspectos personalíssimos aos mais altos patamares de preocupação dos Poderes, sobretudo do Poder Legislativo e Judiciário.

Os reflexos dessa adoção são os mais variados e importantes, mas dentre eles o reconhecimento da pessoa humana como valor fundamental de proteção do Estado merece menção, por ser justamente um dos valores mais importantes para a implementação da

indenização por dano moral como ferramenta punitiva e educativa a todo ato que viole esse princípio.

Entretanto, foi apenas em 2017, no governo de Michel Temer, com a promulgação da Lei Nº 13.467, conhecida como Lei da Reforma Trabalhista, que a indenização por danos morais passou a ser reconhecida expressa e claramente pela legislação laboral. A reforma adicionou à CLT o Título II-A, chamado “Do dano extrapatrimonial” que passou a disciplinar propriamente a matéria. Apesar desse feito, um tanto favorável ao trabalhador, o novo título não encontra-se incólume de críticas da doutrina, as quais serão abordadas com mais vagar em outro momento.

Cumpridas tais considerações iniciais, passe-se ao exame teórico do dano moral na Constituição, no direito civil e na forma como a legislação trabalhista o aplicou. Posteriormente, será examinado o tratamento que a Reforma Trabalhista deu ao tema.

1 EVOLUÇÃO E APLICAÇÃO DO DANO IMATERIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

1.1 O dano imaterial e a Constituição Federal de 1988

Como já mencionado, o período anterior a atual Constituição era marcado por severas dúvidas na jurisprudência sobre a possibilidade de se indenizar por danos morais. Alguns magistrados, alegando a impossibilidade do cálculo por não haver propriamente um valor econômico ou claramente mensurável, não davam provimento a ações que pediam este tipo de reparação. Uma vez que o Judiciário não é capaz de descrever, em termos econômicos, o sofrimento a que a vítima foi exposta, muitas vezes esta possibilidade era afastada das sentenças.

Por outro lado, a doutrina apontava para o reconhecimento gradual e cada vez mais contundente do dano moral e da sua reparabilidade. O jurista Agostinho Neves de Arruda Alvim, participante das comissões que debateram e produziram o Código Civil que viria a ser aprovado em 2002 escreveu, em uma obra escrita em 1980, que:

Em doutrina pura, quase ninguém sustenta hoje a irreparabilidade dos danos morais. E assim a obrigação de reparar tais danos vai se impondo as legislações, mais ousadamente aqui, mais timidamente ali, já admitindo-se a reparação, como regra, já, somente, nos casos expressamente previstos. (ALVIM, 1980, pp. 220-221).

O extinto Código Civil de 1916, por exemplo, contava algumas hipóteses de dano imaterial. A exemplo disso, o Art. 76 do referido diploma legal determina que para a propositura ou a contestação de uma ação bastava ter interesse econômico ou moral, este último apenas quando afetar o próprio autor ou a sua família. Outro exemplo interessante é o Art. 1.548 e incisos, que estabelece o dever de indenizar quando uma mulher fosse “agravada em sua honra”, se o ofensor não quisesse reparar o dano via matrimônio, em um dote que corresponda à condição e ao estado da vítima.

Entretanto, com o advento da Constituição de 1988, colocou-se termo à toda incerteza que ainda havia sobre a juridicidade do pedido. O primeiro passo neste sentido deu-se com a adoção do princípio da dignidade da pessoa humana logo no Art. 1º, que trata dos fundamentos do Estado brasileiro. O inciso III deste artigo, ao consagrar este valor como fundante da atividade estatal, eleva à máxima importância a pessoa humana como um fim em si mesma. Por si só esta norma constitucional seria suficiente para orientar toda a sociedade no sentido da vedação e punição a todo dano que atente

contra a dignidade humana, ainda que exclusivamente situado no campo imaterial.

Mesmo assim, o legislador constituinte, de modo a retirar qualquer resistência que ainda restasse possível, expressamente declarou, nos incisos V e X do Art. 5º a possibilidade da indenização por danos imateriais como direito individual, gozando esta, inclusive, do *status* de cláusula pétrea, conforme Art. 60, §4º da Carta Magna.

Nos incisos supracitados, pode-se perceber que o texto constitucional enumera direitos a personalidade cuja violação pode gerar a indenização. É de se pontuar, porém, que esta enumeração trata-se de mera exemplificação. Como bem salienta o jurista SILVA PEREIRA (1990, pp. 405-406), a enunciação de que trata os incisos V e X do Art. 5º não se tratam de *numerus clausus*, ou seja, de uma enumeração taxativa. É plenamente possível que legislação ordinária e jurisprudência reconheçam outros direitos que podem gerar indenização por danos morais. Trata-se, portanto, de um rol exemplificativo, que pode ser ampliado sem problema algum, embora o inverso, a redução, não seja possível, pois as hipóteses constitucionais são um mínimo aceitável.

1.2 O dano imaterial no Direito Civil

Uma vez que a própria Constituição acabou com todos os debates acerca de sua possibilidade, era necessário que os legisladores infraconstitucionais regulassem a aplicação do dano imaterial e que os doutrinadores debruçassem-se sobre o tema, tarefa esta que ficou circunscrita principalmente ao campo do Direito Civil, sobretudo no assunto da Responsabilidade Civil e do Direito Obrigacional.

Deste modo, para cumprir o dispositivo constitucional, o Código Civil de 2002 tratou de algumas normas gerais aplicáveis ao

dano imaterial. O principal deles, por certo, é o Artigo 186, que determina que: “Aquele que [...] violar direito e causar dano a outrem, *ainda que exclusivamente moral*, comete ato ilícito.” (grifo nosso).

Como evidente no próprio texto normativo, o legislador deu ênfase a possibilidade do dano imaterial, haja visto a disposição expressa e clara neste sentido. Ao determinar “... ainda que exclusivamente moral”, o legislador impõe uma determinação ao Poder Judiciário, que não mais resista aos pedidos de indenização por danos morais, independentemente da dificuldade do cálculo.

Mesmo assim, é importante pontuar que nem todos os inconvenientes podem ensejar um pedido de indenização por danos morais. O jurista CAVALIERI FILHO (2018, p. 78), em sua obra “Programa de Responsabilidade Civil”, entende que pode ser considerado dano moral apenas:

[...] a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.

Assim, mister se faz a conceituação do que seria o próprio dano moral. O jurista e professor GONÇALVES (2014, p. 389), em seu curso de Direito Civil, conceitua-o como sendo:

(...) o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e

que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.

Em semelhante esteira, os notáveis GAGLIANO e PAMPLONA FILHO (2019, p. 90) entendem que o dano moral:

Trata-se, em outras palavras, do prejuízo ou lesão de direitos, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro, como é o caso dos direitos da personalidade, a saber, o direito à vida, à integridade física (direito ao corpo, vivo ou morto, e à voz), à integridade psíquica (liberdade, pensamento, criações intelectuais, privacidade e segredo) e à integridade moral (honra, imagem e identidade).

O que se pode inferir a partir deste conceito é que o dano moral não se confunde com o dano patrimonial. Embora um não obste ao outro, os dois institutos são observados por causas distintas, sendo o dano moral de muito maior dificuldade o cálculo de sua importância econômica, devido a sempre se referir a aspectos subjetivos, emocionais muitas vezes, que dificultam sua quantificação.

Ele não é passível de mensurações objetivas porque geralmente se refere a direitos da personalidade¹⁵⁷, sobre os quais não recai valor monetário fixado. Isso o diferencia do dano material, que possui sempre um caráter essencialmente patrimonial, sendo mais facilmente quantificável.

Ainda quanto a relação entre dano material e dano moral, é de se destacar a plena possibilidade de cumulação entre um e outro, ainda que oriundos do mesmo fato. Diante do texto constitucional e da clareza do Art. 5º, inciso V da Constituição Federal, citado anteriormente, a doutrina não mais negou esta possibilidade. Para

¹⁵⁷ Há inclusive autores, como LÔBO (2002, pp. 364-365), que entendem que apenas na violação a direitos da personalidade incorre dano moral

consolidar esta posição doutrinária, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula N° 37, que diz expressamente serem cumuláveis as indenizações por danos morais e materiais que decorram do mesmo fato.

O objetivo por trás da indenização por danos morais é aquilo que o jurista TARTUCE (2014, p. 431) chama de *lenitivo*. Segundo o autor, sendo o dano moral uma lesão aos direitos da personalidade, não é possível, ou mesmo desejável, se estabelecer um preço para a dor ou o sofrimento reclamado. Fazê-lo seria reduzir o sofrimento a um valor monetário, algo que seria terrivelmente imoral. Na verdade, a indenização tem por intenção a atenuação das consequências imateriais decorridas da lesão. Daí não usar-se a expressão *ressarcimento*, e sim *reparação* para a indenização por danos morais.

Este entendimento é compartilhado por NORONHA (2003, p. 569), que aduz que a reparação do dano moral, uma vez que não pode ser calculada, de forma objetiva, em termos pecuniários, deverá obedecer a um princípio de *satisfação compensatória*, sendo por isso um valor suficiente para proporcionar à vítima um lenitivo para o sofrimento que sofrera, ou uma compensação tendo em vista a lesão à integridade ou à vida.

Como evidenciado pelos dois juristas, a reparação deve servir a vítima como uma espécie de compensação pelo dano sofrido. Entretanto, esta face é apenas uma das funções da reparação. É claro que a função compensatória é a mais evidente, e talvez seja justo reputá-la a mais importante. Não se trata de indenização do sofrimento gerado, mas de uma forma de, pecuniariamente, atenuar as consequências, pois, uma vez reparada financeiramente, o lesado poderá procurar os meios que julgar adequados para diminuir o impacto da lesão, ao procurar um serviço terapêutico, por exemplo.

Mas apenas esta faceta não explica, de maneira completa, o fenômeno da indenização por danos morais. Há que se considerar, ainda, a função punitiva desta medida. Ao se ver condenado por seu feito, e obrigado a arcar financeiramente com as consequências de seu ato, o lesante é adequadamente punido, de modo a assegurar a força da legislação, bem como demonstrar tal prática como ilícita e inaceitável para o bom convívio social.

Ainda, pode-se extrair uma terceira função da condenação nesta seara, mesmo que esteja intimamente ligada, e de certa forma implícita, na função punitiva: a função pedagógica. Ao condenar o lesante em prestação pecuniária, o magistrado estabelece uma perda ao mesmo, o que tende a desestimular a prática reiterada daquele mesmo fato, seja com a mesma vítima ou com vítima diversa. Tivesse sido mantido o entendimento anterior a atual Constituição, a não punição dos atos atentatórios a aspectos subjetivos da pessoa geraria um estímulo a este tipo de violência, tornando muito mais difícil para a parte lesada lidar com estes acontecimentos.

Além da prestação pecuniária, que aliás é a caracterização própria da indenização por danos morais, é possível uma compensação *in natura* pela lesão causada¹⁵⁸. É exatamente este o caso, por exemplo, de direito de resposta dado a lesão a honra feita por veículo de comunicação. Recentemente, em 2015, foi promulgada a Lei 13.188, que disciplina de maneira específica a resposta como forma de compensação pelo dano imaterial.

¹⁵⁸ Vide Enunciado Nº 589 da VII Jornada de Direito Civil, em 2015: “A compensação pecuniária não é o único modo de reparar o dano extrapatrimonial, sendo admitida a reparação *in natura*, na forma de retratação pública ou outro meio.”

2. O TRATAMENTO DO DANO MORAL NO ÂMBITO DO DIREITO TRABALHISTA

2.1 Os antecedentes à Constituição na Consolidação das Leis Trabalhistas

Uma vez compreendido o instituto jurídico do dano moral, é importante também entender que esta figura jurídica, embora tenha seu berço na Constituição, é um tema próprio do Direito Civil, e que foi importado para o Direito Trabalhista à medida em que reconheceu-se a possibilidade de haver caso de dano moral dentro da relação de trabalho.

Na verdade, mesmo na redação original da CLT já haviam alguns dispositivos indicando a possibilidade jurídica da indenização por danos morais em matéria trabalhista, ainda antes do respaldo constitucional. Exemplo disso é o Art. 482, que disciplina quais são as hipóteses de justa causa para rescisão contratual por parte do empregador. Dentre as várias hipóteses do artigo, a alínea “k” determina que constitui justa causa para rescisão “ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições”.

Além deles, o Art. 405 (cuja redação não é a mesma do texto original da CLT, mas foi editada pelo Decreto-lei Nº 229 de 1967, ou seja, ainda assim anterior a Constituição de 1988) estabelece alguns casos em que o trabalho do menor de idade é proibido. O inciso II do mesmo artigo determina que o menor de idade não poderá trabalhar em locais ou serviços que sejam prejudiciais à sua moralidade, os quais são definidos nos termos do parágrafo terceiro do mesmo dispositivo.

Dessa forma, pode-se vislumbrar uma preocupação do legislador com os aspectos morais da relação de trabalho, de tal sorte que os Arts. 406 e 407 estabelecem medidas em relação a empresa que utilizar menores em trabalhos que a lei considera prejudiciais ao seu desenvolvimento moral. O Art. 407 determina que a empresa garanta ao menor todos os meios necessários para que ele mude sua função na empresa para outra que não lhe afete o desenvolvimento moral. Não ocorrendo isso, conforme o parágrafo único do mesmo artigo, deverá proceder-se à rescisão do contrato de trabalho.

Em semelhante via, o Art. 483, alínea *e*, determina que o empregado pode considerar rescindido o contrato de trabalho quando o empregador praticar, contra ele ou sua família, *ato lesivo à honra ou à boa fama*, sendo uma das hipóteses de rescisão contratual indireta. Semelhantemente, o Art. 482, alínea *k*, traz uma das hipóteses em que o empregador pode rescindir o contrato de trabalho do empregado com justa causa, tendo como motivo o ato lesivo à honra dirigido contra o próprio empregador ou qualquer superior hierárquico.

A partir da Constituição, contudo, a preocupação com os aspectos morais da relação de trabalho veio à tona de maneira muito mais forte e direta. Além da questão do reconhecimento da dignidade da pessoa humana, a Constituição passou a reconhecer expressamente a indenização por danos morais no Art. 7º, inciso XXVIII. Como bem ressalta o jurista e ministro do Tribunal Superior do Trabalho DELGADO (1999, p. 5), passou-se a entender que “o dano moral decorrente da violação da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas – e sua respectiva indenização reparadora – são situações claramente passíveis de ocorrência no âmbito empregatício”.

Mediante este novo horizonte, houve um grande avanço na jurisprudência trabalhista, ampliando a proteção dada ao trabalhador.

Quando não mais restaram dúvidas quanto a possibilidade jurídica da indenização por danos morais, sobre muitas questões, antes vistas como toleráveis no ambiente de trabalho, passou-se a ter novos olhares. Sobre a indenização, DELGADO (2019, p. 737) assevera:

Tais indenizações tinham campo restrito de reconhecimento na ordem jurídica anterior à Constituição de 1988. Contudo, em seguida ao Texto Máximo e ao avanço jurídico-cultural por ele propiciado, com forte (e contínuo) impacto na doutrina e jurisprudência pátrias, tais possibilidades indenizatórias se alargaram.

Há, em um primeiro plano, as indenizações por dano moral ou dano à imagem que não tenham vinculação com o campo da saúde e segurança laborativas. Neste plano situar-se-iam, por exemplo, a indenização em face de discriminação racial promovida pela empresa contra o obreiro, a par da indenização por indevido uso da imagem do trabalhador nas atividades empresariais.

2.2 Aspectos conceituais do dano moral no Direito do Trabalho

O conceito de dano moral aqui apresentado anteriormente, embora seja essencialmente o mesmo, advém de uma abordagem civilista do assunto. É, então, oportuno trazer uma visão dirigida para o Direito do Trabalho do conceito teórico que foi importado do ramo do Direito Civil. Neste sentido, a roupagem dada por GARCIA (2017, p. 105) é primorosa. O autor explica que:

Por dano moral trabalhista entende-se aquele ocorrido no âmbito do contrato de trabalho, no seu bojo e em razão da sua existência, envolvendo os dois polos desta relação jurídica (de emprego), ou seja, o empregador e o empregado. Normalmente, este se apresenta como o lesado e aquele como o sujeito ativo, embora nada impeça que estas posições se invertam. Aliás, ressalte-se que a jurisprudência já se pacificou quanto à possibilidade de a pessoa jurídica sofrer dano moral.

Nessa linha, dispõe o art. 52 do CC/2002 que é aplicável ‘às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade’.

Assim sendo, a partir do que assina o eminente doutrinador, o dano moral trabalhista possui, como elemento distintivo, o fato de ocorrer dentro de uma relação de trabalho, fato este que atrai sobre si o olhar da legislação trabalhista, diferentemente do que ocorre quando o fato acontece em uma matéria jornalística, por exemplo. Além disso, importa ressaltar que, embora o mais comum seja o empregado ser vítima de um dano moral, nada obsta a que seja a empresa a vítima, conforme entendimento pacífico da jurisprudência, inclusive consolidado e sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁵⁹.

O dano moral¹⁶⁰ na relação trabalhista, conforme entende GARCIA (2017, p. 105), pode ser classificado como direto, indireto e existencial. O dano direto é aquele resultante de uma violação direcionada e específica a um bem jurídico imaterial, causando alguma forma de sofrimento ou violação a dignidade da pessoa humana. Já o indireto é aquele que, primeiramente, gera uma lesão patrimonial, mas que tem como consequência uma lesão a um direito imaterial.

Há, ainda, um terceiro tipo de dano, o chamado *dano existencial*. Este, por sua vez, é aquele que decorre de lesões imateriais que frustram os projetos de vida pessoais ou mesmo a própria convivência em sociedade do lesionado. Na relação trabalhista, este dano pode surgir de formas diversas. Por exemplo, a

¹⁵⁹ Súmula Nº 227 do Superior Tribunal de Justiça (STJ): “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.”

¹⁶⁰ Em termos de nomenclatura conceitual, o autor não faz diferenciação entre os termos dano moral e dano imaterial, tratando-os como sinônimos. Por questões de precisão terminológica, adotaremos neste artigo a mesma posição.

partir de jornadas laborais exaustivas e abusivas, e também a partir de longos períodos sem que o trabalhador goze das devidas férias remuneradas. Desse modo, prejudicando o descanso do trabalhador, o lesante não apenas descumpre, eventualmente, parte da legislação trabalhista, gerando assim danos materiais, como também gera prejuízos imateriais ao lesionado. Fazê-lo perder tempo de descanso, de lazer, de proveito do ambiente familiar, ou de outras atividades particulares que este considere importantes configura um abuso da relação de trabalho, incorrendo em dano existencial¹⁶¹.

O dano moral dentro da relação trabalhista pode se manifestar por meio de diversas causas. Cumpre aqui destacarmos cinco delas: lesão acidentária, dano estético, assédio moral, assédio sexual e trabalho em condições análogas à escravidão.

2.2.1 Lesão acidentária

Quando se fala em lesão acidentária, é preciso fazer uma distinção semântica importante. As chamadas lesões acidentárias constituem, na verdade, um gênero, do qual são espécies distinguíveis as doenças ocupacionais e as profissionais, e o acidente de trabalho em sentido estrito. Importa fazer esta classificação para melhor analisar as particularidades de cada um dos tipos, que ocorrem por fatos distintos e possuem características essenciais também distintas.

Em tese, as doenças ocupacionais e as profissionais são categorias distintas de fenômenos muito semelhantes. A Lei Nº 8.213

¹⁶¹ Sobre este tema, há um julgado bastante interessante, em que o TST assenta a existência do dano existencial. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Quarta Turma. Recurso de Revista: RR 354-59.2013.5.24.0007. Rel. Min. Maria de Assis Calsing. Publicado do Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho em 18/09/2015

de 1991 fornece, no Art. 20 e incisos I e II as definições legais de cada uma delas

Cumpra apontar, preliminarmente, que ambas as hipóteses foram tratadas pela Lei 8.213 sob o nome de *acidente de trabalho*. Entretanto, ao aplicar esta nomenclatura, a lei se refere ao acidente em sentido lato, genérico. Há outro tipo de acidente de trabalho, dito em sentido estrito, que será melhor tratado posteriormente.

Entende-se que a doença chamada *profissional*, de que trata o inciso I, é aquela que decorre de atividade comum e necessária a um certo trabalho. É chamada também de *idiopatia*, *ergopatia* ou *doença profissional típica*. Em outros termos, ela necessariamente decorre do exercício de determinada atividade profissional. Conforme MONTEIRO e BERTAGNI (2000, p. 15), este tipo de doença decorre de traumas pequenos e constantes, que se isolados fossem não causariam danos, mas por seu caráter cumulativo geram malefícios. É exemplo desta o funcionário que depende muito de atividade de digitação para o desempenho de sua profissão (escrivente, por exemplo) e que desenvolve, por conta disso, a tendinite.

Em muito parecida com a doença profissional, a doença *do trabalho* é tratada pelo dispositivo legal supracitado no inciso II, sendo conhecida também pelos nomes *mesopatia* ou *doença profissional atípica*. Diferentemente da primeira, porém, esta não decorre especificamente do desempenho próprio da profissão, mas das circunstâncias em que ela é desempenhada. Não é inerente ao trabalho, mas dele decorre, excepcionalmente, por certas condições que, não obstante não lhe sejam necessárias, a ele estão diretamente relacionadas.

A principal diferença é que a doença profissional, não depende de comprovação do nexos causal entre a atividade laboral e a doença. Por outro lado, para a comprovação da doença do trabalho, cabe ao

empregado provar não apenas a prestação do serviço e a ocorrência da doença, mas também o nexo causal, conforme OLIVEIRA (2014, p. 51).

Por outro lado, para a comprovação da doença do trabalho, a princípio, inexistente presunção, cabendo ao empregado o dever de comprovar não apenas a prestação do serviço e a ocorrência da doença, mas também a relação entre uma coisa e a outra. É necessário que se prove que as condições específicas fáticas em que o trabalho foi desenvolvido são as causadoras da doença, ou, se preexistentes, que tenham sido concausas dela.

Entretanto, a Lei Nº 11.430 de 2006 alterou significativamente o enquadramento de doença do trabalho, facilitando-o. Por meio dela, que inseriu o artigo 21-A, para a constatação do nexo causal entre a doença e a atividade deverá o perito buscar observar o *nexo técnico epidemiológico*. Essa figura jurídica decorre do cruzamento das atividades típicas da empresa (normalmente as que estão descritas em seu CNAE¹⁶²) e a doença contraída pelo empregado. Caso a doença seja comumente percebida em trabalhadores que desempenham aquele tipo de função, é estabelecida uma presunção relativa quanto ao nexo causal, que será afastada se o perito o expressamente declarar, fundamentando.

Em virtude disso, atualmente o termo *doenças ocupacionais* passou a ser usado para designar o gênero, sendo recomendável usá-lo para se referir tanto a doenças profissionais quanto a doenças ocupacionais em sentido estrito. Além disso, outros diplomas

¹⁶² Classificação Nacional das Atividades Econômicas. É uma classificação adotada em todo o Brasil como forma de padronização das atividades econômicas desenvolvidas no território nacional.

normativos posteriores¹⁶³ costumam referir-se ao gênero mais amplo, refletindo duas ideias: em primeiro lugar, uma certa dificuldade conceitual em diferenciar as duas hipóteses de doença; e em segundo lugar, mesmo um certo desinteresse desta diferenciação, uma vez que, no mais das vezes, não há relevância prática para o trabalhador, que será segurado em ambos os casos. Para evitar confusões, a legislação tem tratado ambas as hipóteses dentro do gênero maior *doenças relacionadas ao trabalho*.

Para a configuração do dano moral, especificamente, em doenças ocupacionais, por outra via, é necessária a demonstração não só do nexo causal entre a doença e a atividade desempenhada, mas também comprovação de ato doloso ou culposo da empresa, conforme se deduz do Art. 7º, XXVIII da Constituição Federal. Presentes os requisitos exigidos para a indenização por danos materiais, conjugado a comprovação de dolo ou culpa, pode-se falar também em dano moral.

Além das doenças ocupacionais, o gênero engloba o acidente de trabalho em sentido estrito, também conhecido como *acidente típico*. Na já mencionada Lei Nº 8.213 encontramos a definição legal para o que seria o acidente típico. O especialista em Medicina do Trabalho, BRANDIMILLER (1996, pp. 145-146), explica esta terminologia:

No sentido genérico, acidente é o evento em si, a ocorrência de determinado fato em virtude da conjugação aleatória de circunstâncias causais. No sentido estrito, caracteriza-se também pela instantaneidade: a ocorrência é súbita e a lesão imediata. Os acidentes ocasionam lesões traumáticas denominadas ferimentos, externos ou internos,

¹⁶³ Vide, por exemplo, Anexo II do Decreto Nº 3.048 de 1999 (Regulamento da Previdência Social) e Portaria Nº 1339 de 18 de novembro de 1999 do Ministério da Saúde.

podendo também resultar em efeitos tóxicos, infecciosos ou mesmo exclusivamente psíquicos.

É possível notar que apenas se caracteriza um evento como acidente de trabalho típico mediante alguns requisitos cumulativos, a saber: evento danoso, fortuito e súbito; que decorra de trabalho feito a serviço da empresa; que provoque lesão corporal ou perturbação funcional; e que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

Diz OLIVEIRA (2014, pp. 48-50) que o fato gerador do acidente típico possui efeitos danosos que normalmente podem ser percebidos de imediato. Entretanto, a subitaneidade dele se refere apenas ao fato de os efeitos serem gerados no momento do acidente, não sendo obrigatório que sejam percebidos imediatamente. Via de regra, um evento que não gere lesão ou perturbação, seja ela de ordem física ou mental, não pode ser considerado acidente de trabalho (o que, aliás, consta expressamente do Art. 20, §1º, alínea c da Lei 8.213/1991). Entretanto, não é incomum lesões tão profundas que não sejam percebidas instantaneamente, vindo a mostrar-se apenas dias ou meses depois.

Quando o dispositivo legal se refere a “[...] a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho [...]”, resta clara a necessidade de comprovação do nexa causal. Para gerar acidente de trabalho, não basta que ocorra um acidente, mas um acidente situado dentro de uma lógica trabalhista.

Por último, a lei menciona que, para que se considere acidente de trabalho, o evento deve ter, como consequência, a morte, a perda ou a redução, permanente ou temporária, da capacidade de trabalho. Importa destacar aqui que por incapacidade temporária não se deve interpretar incapacidade laboral por longos períodos. Mesmo que seja

o tempo mínimo para que o trabalhador se desloque ao Pronto-Socorro e faça um pequeno curativo, será considerado acidente, já que, durante este mínimo intervalo temporal, este ficou impossibilitado de trabalhar¹⁶⁴.

O dano decorrente de lesão acidentária (seja ele por doença ocupacional ou por acidente de trabalho típico), conforme assinala DELGADO (2019, pp. 740-742), possui uma dimensão civil e trabalhista, ao mesmo tempo. Primeiramente, estes fatos podem gerar um dano patrimonial expressivo, que, conforme os ditames do Direito Civil explícitos no Art. 402 do diploma, consiste nas *perdas e danos*. Cumpre-se apurar, portanto, os danos emergentes (aquilo que objetivamente se perdeu, como o ressarcimento dos gastos relacionados a despesas médicas, por exemplo) e os lucros cessantes (aquilo que se deixou de ganhar por conta do ocorrido, que é muito comum na seara trabalhista quando o acidentado perde, total ou parcialmente, a capacidade laborativa) até o fim da convalescença, ou seja, até que se findem (se é que irão) as causas de perda da capacidade laborativa.

Ainda no âmbito do dano patrimonial, o Art. 950 do Código Civil determina expressamente que, se desta lesão decorrer impedimento ao lesionado para o desempenho de seu ofício ou profissão, ou mesmo que ele venha a sofrer redução em sua capacidade de trabalho, a indenização “inclui pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu”. O parágrafo único do referido artigo

¹⁶⁴ Evidência disto é que, mesmo nesse curto intervalo temporal, deve-se emitir uma Comunicação de Acidente de Trabalho (CAT), conforme anexo da Portaria N° 5.817 do Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS) de 06 de outubro de 1999.

determina que, mediante preferência do lesionado, a indenização poderá ser paga de uma única vez.

Além disso, os danos decorrentes de lesão acidentária podem atingir o campo moral. Não resta dúvida de que qualquer que seja a modalidade, este tipo de lesão pode gerar dores psicológicas no lesionado, afetando sua autoestima, sua vida privada, sua honra, sua afirmação social, etc. Seja o que for, a partir do momento em que aspectos imateriais como esses são prejudicialmente afetados pela relação de trabalho, a lesão pode ensejar a indenização por dano moral, por força da tutela a eles concedida pelo Texto Constitucional.

2.2.2 Dano estético

A despeito de todas as semelhanças em relação às demais causas, no dano estético há uma particularidade: um direito da personalidade específico é especialmente violado, qual seja, o direito à imagem. DELGADO (2019, p. 740) aduz que dano estético é “todo prejuízo ao conceito, valoração e juízo genéricos que se tem ou se pode ter em certa comunidade. No tocante à presente noção, não há dúvida de que abrange também as pessoas jurídicas”.

Se, em decorrência de um acidente trabalhista, um trabalhador tem suas pernas amputadas e o rosto desfigurado, parece-nos evidente ser esta uma hipótese de incidência de dano material, moral e estético. É claro que, ao perder os membros inferiores, este trabalhador perderá parte de sua capacidade laborativa, o que configuraria o dano material. O trauma e os impactos psicológicos, tanto os imediatos como os posteriores, justificam a alegação de dano moral. E quanto ao dano estético, note-se que, ao perder as pernas e ter seu rosto severamente marcado por conta do acidente, sua imagem perante a coletividade foi agravada por conta da deformidade que, antes, nele

não existia. Ou seja, neste nosso exemplo, é perfeitamente possível vislumbrar os três tipos de danos ocorridos.

Aliás, por muito tempo discutiu-se no Brasil sobre a possibilidade de cumular-se as indenizações por dano moral e dano estético. Isso ocorria porque parte da doutrina entendia o dano estético como uma parte do dano moral que não ensejaria tratamento autônomo. Sendo isso verdade, a indenização pelo dano estético já estaria inserida na indenização por dano moral; nesta hipótese, o pagamento da indenização por dano estético seria, em certo sentido, *bis in idem*.

Esta interpretação, porém, foi rejeitada pelo Superior Tribunal de Justiça na Súmula Nº 387¹⁶⁵. Um dos motivos para se entender pela possibilidade de cumulação de ambas as indenizações é que nem todo dano moral traz consigo um dano estético. Embora comumente ambos estejam relacionados, isso não é uma regra, tampouco uma condição. Se for possível (e é) ocorrer um dano moral que não enseje dano estético, a conclusão lógica é que ambos os institutos não estão necessariamente interligados.

Além disso, a redação do Art. 5º, inciso V da Constituição Federal é expressa ao dizer “[...] indenização por dano material, moral ou à imagem”. Esta estrutura gramatical normativa é explícita em permitir a indenização por dano material, moral ou estético, de forma separada e isolada, não condicionando nenhuma das hipóteses às outras. Era nesse caminho que direcionava-se a jurisprudência pátria, que culminou na referida Súmula. Em virtude disso, hoje é entendimento pacífico a plena possibilidade de se indenizar o dano material, moral e estético simultaneamente, mesmo que todos tenham

¹⁶⁵ Súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça (STJ): “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.”

decorrido da mesma lesão acidentária. É necessário, contudo, demonstrar a ocorrência de danos nos três campos, para que se alcance tal indenização.

2.2.3 Assédio moral

Outra forma em que o dano moral pode se manifestar na relação trabalhista é através do assédio moral. Este, conforme escoreta lição de GARCIA (2017, p. 106):

[...] se caracteriza por uma conduta reiterada, de violência psicológica, desestabilizando e prejudicando o equilíbrio psíquico e emocional do empregado (como atitudes de perseguição, indiferença ou discriminação, normalmente de forma velada), deteriorando o meio ambiente de trabalho, podendo resultar em enfermidades graves como a depressão.

Apesar da clara ênfase para o ambiente escolar, é aplicável à relação trabalhista a Lei Nº 13.185 de 2015, que dispõe sobre o *bullying* no ordenamento jurídico brasileiro. Conforme Art. 1º, §1º da referida lei, considera-se *bullying* “todo ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo que ocorre sem motivação evidente, praticado por indivíduo ou grupo, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas”.

Este conceito foi transplantado para a relação de trabalho a fim de definir e regulamentar o conceito de abuso moral, bem como suas consequências, e de disciplinar os deveres dos empregadores

quanto a sua prevenção, conforme consta do Art. 5º da Lei¹⁶⁶. Em exposição teórica sobre o tema, LEITE (2019, p. 86) assevera:

O *bullying*, a nosso sentir, implica grave lesão ao meio ambiente do trabalho, por comprometer a sadia qualidade de vida no ambiente laboral, sendo, portanto, responsabilidade do Estado, dos empregadores e dos trabalhadores, bem como de suas correspondentes organizações sindicais, prevenir e combater a sua prática de todas as formas possíveis.

Quanto ao agressor, o assédio moral pode ser classificado de três formas: vertical descendente, quando o agressor é o empregador, o superior hierárquico ou o preposto; vertical ascendente, quando cometido por trabalhador em posição hierárquica inferior a da vítima; horizontal quando ocorre entre trabalhadores que operam no mesmo nível hierárquico.

O Art. 2º da Lei 13.185 disciplina os meios típicos que caracterizam o *bullying*, o qual é aplicado, analogicamente, para definir a prática do assédio moral. Desse modo, qualquer uma das práticas lá tipificadas, quando ocorrerem dentro do ambiente de trabalho, podem ensejar o assédio moral, o qual é também apto a gerar a indenização por danos morais, sem prejuízo de eventuais outras sanções legais e disciplinares internas. Além disso, quando cometido pelo empregador contra empregado, pode dar causa à rescisão indireta do contrato de trabalho por força do Art. 483, alínea *e* da CLT. Semelhantemente, quando cometido o assédio moral horizontal, pode surgir uma rescisão com justa causa, em virtude do disposto no Art. 482, alínea *j* da CLT, que prevê como hipótese de justa causa “ato

¹⁶⁶ Art. 5º - É dever do estabelecimento de ensino, dos clubes e das agremiações recreativas assegurar medidas de conscientização, prevenção, diagnose e combate à violência e à intimidação sistemática (*bullying*).

lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições [...]”.

Há doutrinadores, como GARCIA (2017, p. 115) que interpretam que o disposto no Art. 932, inciso III do Código Civil, o qual estabelece que o empregador ou comitente são responsáveis pela reparação civil de atos cometidos por seus empregados, serviços ou prepostos no exercício do trabalho, permitiria que o empregado que tivesse sofrido assédio moral por ato de outro poderia demandar do empregador a indenização por dano moral, cabendo a este último a possibilidade de ação regressiva, por conta de responsabilização objetiva. Porém, tal norma incide apenas se o assédio ocorrer no exercício do trabalho ou em função dele. Um conflito particular entre empregados (independentemente de posição hierárquica) não pode alcançar seu empregador comum, a menos que tenha ocorrido nas hipóteses acima citadas. Do contrário, não há que se falar em responsabilização objetiva do empregador. Logo, a menos que seja comprovado dolo ou culpa do mesmo no assédio moral sofrido (se, por exemplo, o empregador sabia da ocorrência e nada fez para impedi-la), não é possível ao lesionado demandar contra seu empregador, restando a ele apenas a demanda contra o autor do assédio.

2.2.4 Assédio sexual

O assédio sexual é compreendido por GARCIA (2017, p. 108) como “uma conduta de natureza sexual, não desejada pela pessoa ofendida, em regra reiterada, violando a sua liberdade sexual”. Continuando, o autor destaca que o assédio sexual normalmente se dá por condutas repetitivas praticadas pelo assediador, sem qualquer receptividade espontânea da vítima. Contudo, adverte, nem sempre

tais gestos são explícitos, muitas vezes sendo mascarados com comentários e gestos sutis, mas que indicam uma intenção sexual. É claro, conclui ele, que gestos de “gentileza, cordialidade e coleguismo”, como cumprimentos e demais condutas, dentro de limites razoáveis, não se confundem com assédio sexual, sendo, para sua configuração, necessário o *constrangimento*.

Dentre todas as formas de manifestação do dano moral aqui mencionadas, o assédio sexual é a única que não possui diploma normativo específico do Direito Trabalhista que o discipline. Embora seja plenamente possível que ocorra no âmbito trabalhista, o regramento existente sobre a matéria encontra-se no Código Penal, no Art. 216-A.

O grande problema deste dispositivo é sua restrição aos casos em que o assédio seja praticado por alguém cuja posição hierárquica seja superior à da vítima, a partir de ameaças. Em outras palavras, este dispositivo pune apenas o chamado *assédio sexual por chantagem*, conforme BARROS (2002, p. 298), que é aquele que decorre do abuso de autoridade. Entretanto, a norma não contempla a hipótese do *assédio sexual por intimidação*, como é conhecido aquele praticado por trabalhadores de mesmo nível hierárquico, ou mesmo de nível inferior.

Seja como for, mesmo que este último não seja considerado crime, dado o aspecto restritivo da norma penal, nada obsta que as consequências trabalhistas incidam sobre ele, uma vez que não se confunde a seara penal e a trabalhista.

A mais imediata destas consequências é a possibilidade de rescisão indireta em favor do assediado (com base no Art. 483, alínea *e* da CLT) ou de rescisão por justa causa do assediador (a partir do Art. 482, alínea *b* da CLT). Mas o próprio assédio, sendo evidentemente uma violação a dignidade da pessoa humana e a

liberdade sexual do indivíduo, configura dano moral, evidentemente passível de indenização. Sobre este respeito, aplica-se ao assédio sexual a mesma observação feita anteriormente ao assédio moral quanto a hipótese de incidência do Art. 932, inciso III do Código Civil.

2.2.5 Trabalho em condições análogas à escravidão

A Constituição Federal, no Art. 1º, inciso IV, elenca como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil os valores sociais do trabalho. Quando conjugada esta norma constitucional juntamente ao Art. 5º, inciso III, que diz que ninguém será submetido a tratamento degradante ou desumano, pode-se inferir que o trabalho, no Brasil, será norteado por alguns princípios sociais, dentre os quais a vedação ao trabalho desumano e degradante.

No âmbito do Direito Internacional do Trabalho, a Convenção Nº 29 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil em 25 de abril de 1957 e constante do Anexo XIV do Decreto Nº 10.088 de 05 de novembro de 2019, estabelece que todos os países que ratificarem a convenção devem tomar medidas para suprimir, o mais rapidamente possível, o trabalho forçado do país.

Neste sentido, é proibido no Brasil o trabalho escravo ou em condições análogas a de escravo, que é um gênero conceitual do qual são espécies o trabalho degradante e o trabalho forçado, ambos considerados atentatórios a dignidade da pessoa humana.

Em virtude desta vedação constitucional, e com o objetivo de assegurar-lá, o Código de Penal prevê expressamente a tipicidade penal desta violação no Art. 149. Entende-se por trabalho degradante aquele em que não há garantias, ainda que mínimas, de saúde ou de segurança, nem condições mínimas de trabalho decente, higiene,

respeito e alimentação. O trabalho forçado, a outra espécie do gênero trabalho escravo, é caracterizado, no Art. 2º, 1, da Convenção 29 da OIT *supra*, como “todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade”.

Ainda a respeito do trabalho em condições análogas à escravidão, há um julgado do Supremo Tribunal Federal cuja menção é oportuna:

Penal. Redução a condição análoga à de escravo. Escravidão moderna. Desnecessidade de coação direta contra a liberdade de ir e vir. Denúncia recebida. Para configuração do crime do art. 149 do Código Penal, não é necessário que se prove a coação física da liberdade de ir e vir ou mesmo o cerceamento da liberdade de locomoção, bastando a submissão da vítima ‘a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva’ ou ‘a condições degradantes de trabalho’, condutas alternativas previstas no tipo penal. A ‘escravidão moderna’ é mais sutil do que a do século XIX e o cerceamento da liberdade pode decorrer de diversos constrangimentos econômicos e não necessariamente físicos. Priva-se alguém de sua liberdade e de sua dignidade, tratando-o como coisa e não como pessoa humana, o que pode ser feito não só mediante coação, mas também pela violação intensa e persistente de seus direitos básicos, inclusive do direito ao trabalho digno. A violação do direito ao trabalho digno impacta a capacidade da vítima de realizar escolhas segundo a sua livre determinação. Isso também significa ‘reduzir alguém a condição análoga à de escravo’. Não é qualquer violação dos direitos trabalhistas que configura trabalho escravo. Se a violação aos direitos do trabalho é intensa e persistente, se atinge níveis gritantes e se os trabalhadores são submetidos a trabalhos forçados, jornadas exaustivas ou a condições degradantes de trabalho, é possível, em tese, o enquadramento no crime do art. 149 do Código Penal, pois os trabalhadores estão recebendo o tratamento

análogo ao de escravos, sendo privados de sua liberdade e de sua dignidade. Denúncia recebida pela presença dos requisitos legais. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. Inquérito: Inq. 3.412/AL. Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para acórdão Min. Rosa Weber, m.v. Publicado do Diário da Justiça Eletrônico em 12/11/2012.

Portanto, como conclui-se do julgado ora reproduzido, não é necessário comprovação de qualquer forma de coação ou cerceamento de liberdades para a caracterização do trabalho em condições análogas à de escravo. Para isso, basta que se comprove que a vítima foi submetida a trabalhos forçados, jornadas exaustivas ou condições de trabalho degradantes, de forma intensa, persistente e se o fato atinge níveis gritantes¹⁶⁷.

Assim sendo, quando comprovado o trabalho desempenhado em condições análogas a de escravo, nos moldes contemporâneos do Art. 149 do Código Penal, é possível se falar em indenização por danos morais, sem prejuízo algum de outras medidas judiciais, como a representação do Ministério Público no âmbito do Direito Penal.

2.3. Método de fixação do valor da indenização por danos morais antes da Reforma

Uma vez compreendido o instituto do dano moral, em todas as suas facetas mais comuns e modernas (dano existencial, lesão acidentária, dano estético, assédio moral, assédio sexual ou trabalho

¹⁶⁷ Mais recentemente, o Tribunal Superior do Trabalho adotou posição semelhante no julgamento de um Agravo de Instrumento, o qual é também bastante interesse para a caracterização jurisprudencial. Vide SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. Inquérito: Inq. 3.412/AL. Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para acórdão Min. Rosa Weber, m.v. Publicado do Diário da Justiça Eletrônico em 12/11/2012.

desempenhado em condições análogas à de escravidão), passe-se ao exame dos métodos de fixação do valor a ser pago a título de indenização por danos morais.

Como já foi aqui mencionado, a indenização por danos morais possui natureza reparatória/compensatória, e duas funções principais: a função de compensar a vítima pelo dano sofrido, dando a ela a oportunidade de buscar formas para atenuar ou eliminar o sofrimento, se possível, ou ao menos lhe conferir um lenitivo que a possa consolar, e a função punitiva, no sentido de afirmar a inaceitabilidade daquele comportamento por parte do ofensor. Haveria também uma terceira função, a função pedagógica, no sentido de desestimular a reincidência por parte do agressor, embora haja quem entenda que essa função pedagógica é uma consequência não obrigatória, ainda que desejável e esperada, da função punitiva da indenização.

Afastando-nos um pouco desta discussão, que é de pouca relevância prática para o objeto de estudo do presente capítulo, cumpre analisar a forma como o valor desta indenização é fixado. Antes de mais nada, porém, é imperativo afirmar que a Lei Nº 13.467/2017, conhecida como Lei da Reforma Trabalhista, trouxe significativas mudanças para este método, as quais serão analisadas em um capítulo à parte. Aqui, ateremo-nos aos métodos que existiam no ordenamento jurídico brasileiro anteriormente a reforma de 2017.

Veja-se, então, que, ocorrido o dano moral, havendo nexo causal entre o dano e a relação de trabalho e havendo dolo ou culpa do empregador (excetuando-se os casos de responsabilização objetiva), nasce o dever de indenizar. Quanto à comprovação do dano moral, é dominante na doutrina a teoria do dano *in re ipsa*: segundo esta teoria, a comprovação dos fatos torna prescindível a comprovação do dano moral, sendo o dano moral presumido, por presunção absoluta, a partir dos fatos comprovados.

Segundo esta posição doutrinária, a que nos alinhamos, para que se configure o dano moral basta apenas que se comprove a lesão, não sendo exigível a comprovação efetiva de qualquer sofrimento, dor ou humilhação. Conforme assinala OLIVEIRA (2014, pp. 257-258), se se exigisse tal comprovação, o resultado da indenização poderia variar pela simples personalidade do acidentado. Um trabalhador mais emotivo seria indenizado, ao passo que outro um tanto mais resiliente e comedido, ainda que tivesse sofrido a mesma lesão, teria seu pedido indeferido, por não conseguir demonstrar esses sentimentos exigidos. Continua o autor dizendo que, ainda que o lesionado tenha lidado de forma emocionalmente inabalada com a lesão, ainda assim existe a necessidade de indenizar, em virtude da função punitiva-pedagógica dela.

A doutrina de CAVALIERI FILHO (2018, p. 116) também aponta para a inexigibilidade da comprovação do sentimento negativo para a caracterização do dano moral. Este doutrinador entende que o dano não advém do sentimento, mas da própria ofensa. Assim, comprovada a lesão, comprovado está o dano moral por presunção decorrente da experiência comum.

Destaca-se o entendimento de DELGADO (2019, pp. 743-744) sobre o tema, que, ao entender que são três os requisitos clássicos para a indenização por danos morais (a saber, dano, nexo causal e culpa empresarial), pondera que:

[...] é necessária a evidenciação de sua existência ou, pelo menos, a ocorrência do fato deflagrador do próprio dano. Tratando-se de dano moral, naturalmente que não cabe exigir-se a prova específica do dano (prova que pode ser até mesmo impossível), porém a demonstração do fato que o provocou (caso este fato não seja incontroverso). Nessa linha é que se afirma que o dano moral pode ser inclusive autoevidente, insuscetível de prova, embora seu fato deflagrador tenha de estar evidenciado.

Desse modo, não é cabível, conforme entendimento da doutrina dominante¹⁶⁸, exigir do lesionado a comprovação de sentimentos ruins para que se comprove o dano moral, posto que o dever de indenizar não nasce do sentimento, mas da própria lesão. Acolhendo este entendimento doutrinário, foi aprovado, na V Jornada de Direito Civil, o Enunciado N° 445, que diz: “O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento.” Basta que o lesionado demonstre o fato ocorrido que, em condições normais, segundo experiência comum, enseje dano psicológico, prescindindo-se da comprovação deste.

Apesar disso, é importante destacar que, como mencionado anteriormente, nem toda perturbação de ordem psicológica pode ser considerada um dano moral. O Enunciado N° 159 da III Jornada de Direito Civil é categórico ao afirmar que: “O dano moral, assim compreendido todo dano imaterial, não se caracteriza quando há mero aborrecimento inerente a prejuízo material.”. Desse modo, o magistrado, ao analisar o caso concreto, deverá observar não apenas a lesão (e o dano moral que dela possa advir), mas também se tal lesão é apta a gerar, de fato, um dano de magnitude o suficiente para que atraia uma indenização, ou, em outras palavras, se a lesão supera os meros dissabores do cotidiano, a que todos estão sujeitos independentemente de qualquer outra condição.

¹⁶⁸ Embora não reproduzidas aqui suas lições, muitos outros doutrinadores sustentam a inexigibilidade da comprovação do dano moral. Nesse sentido, vide: STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Tomo 2, p. 972; LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: obrigações e responsabilidade civil*. 3ª ed., São Paulo: RT, 2004. v. 2, p. 503; BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3ª ed., 2º t., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 136.

Há, a este respeito, um julgado do Tribunal Superior do Trabalho em que tal teoria é adotada¹⁶⁹. Entretanto, esta posição não é pacífica na jurisprudência nacional. O que nem doutrina nem jurisprudência negam é a possibilidade de o lesionado demonstrar tal dano com o intuito não de constituir indenização, mas de influenciar o arbitramento do valor dela, sobretudo quando a lesão gerou danos mais graves e prejudiciais do que a simples presunção sugeriria.

OLIVEIRA (2014, p. 260) entende que o dano moral, não obstante seja presumido em sua constituição, pode ser alvo de comprovação pela parte interessada de modo a influenciar o arbitramento a certa margem de valor maior do que a presunção poderia, em exame puro e simples, sugerir, havendo inclusive o Enunciado N° 455 da V Jornada de Direito Civil adotando este entendimento.

Quanto aos critérios de fixação do valor da indenização, certamente constituem uma das matérias de maior dificuldade no âmbito do dano moral no Direito Trabalhista. Há dois diplomas normativos, que são essenciais para esta análise: em primeiro lugar, o Art. 5º, inciso V, que diz que o direito de resposta, além das indenizações eventualmente cabíveis, será assegurado de forma *proporcional ao agravo*. Além desta, a norma constante do Código Civil, no Art. 944, *caput* e parágrafo único determinam que a indenização deverá, primeiramente, ser medida pela extensão do dano, podendo ser reduzida por equidade, pelo juiz, caso haja desproporção entre a gravidade da culpa do indenizante e o valor inicialmente arbitrado.

¹⁶⁹ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Primeira Turma. Recurso de Revista com Agravo: AIRR n. 165640-40.2007.5.02.0063. Rel. Desembargador Convocado José Maria Quadros de Alencar. Publicado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho em 25/10/2013

O que se deduz destes dois dispositivos, em consonância com o entendimento doutrinário já exposto, é que o juiz, ao arbitrar o valor do dano moral, deverá se pautar pela *proporcionalidade* (em relação ao agravo), *razoabilidade* (no arbitramento do valor) e *equidade* (ao valorar a indenização em face da gravidade da culpa). Isso, novamente, desconsiderando as alterações trazidas pela Reforma Trabalhista.

A lição de DELGADO (2019, pp 751-754), a este respeito, é notavelmente completa e abrangente, e nela nos pautaremos daqui em diante. Segundo o doutrinador, a jurisprudência, a partir do Texto Constitucional, construiu um critério para se fixar o montante indenizatório, o qual é composto por três elementos: objetivos, subjetivos e circunstanciais.

Os elementos objetivos são compostos pelo “fato deflagrador do dano” e pelo dano propriamente dito. Ao examinar estes elementos, deve o magistrado pautar-se, abstratamente, nos seguintes aspectos: (I) a gravidade da lesão provocada; (II) a extensão do dano no tempo; (III) a natureza jurídica do ato que gerou a lesão; (IV) qual for o bem jurídico afetado pela lesão. Além, é óbvio, de outros aspectos que julgar relevantes.

Já os subjetivos concernem ao exame das pessoas envolvidas, especialmente a pessoa do lesionado e do lesionante. É importante analisar o sujeito lesionado não para definir sua importância, mas para identificar sua posição familiar, se há dele dependentes econômicos que não possuem outra forma de sobrevivência que não venha deste lesionado, se ele próprio é menor de idade ou se o lesionado concorreu, em alguma medida, para o evento que ocasionou a lesão. Quanto ao lesionante, identificar se é uma pessoa física ou jurídica, se há ocorrência (ou não) de práticas reiteradas, a intensidade do seu dolo ou culpa e se há algum agravante ou atenuante no caso.

Já sobre os elementos circunstanciais, que são aqueles que tem como objeto a própria indenização, é importante identificar: (I) função compensatória e punitiva-pedagógica da indenização; (II) aquilo que Delgado se refere como “dimensão de política judiciária atribuída à indenização”. Neste sentido, a indenização deve ser a medida exata para cumprir suas funções, não podendo nem ser tão inexpressiva a ponto não cumprir sua função e de colocar em descrédito a ordem constitucional e o próprio Poder Judiciário, nem tão exorbitante a ponto de gerar enriquecimento sem causa. Em qualquer dos casos, são descumpridos dois dos princípios norteadores da indenização já citados (proporcionalidade e razoabilidade).

3. A REFORMA TRABALHISTA E O DANO MORAL NO DIREITO DO TRABALHO

Finalmente, pode-se passar à análise da Lei Nº 13.467 de 2017, que ficou conhecida como Lei da Reforma Trabalhista, a qual trouxe várias mudanças importantes para o âmbito do dano moral, e para o Direito do Trabalho como um todo.

Por certo, a mudança que mais aqui nos interessa é a inserção, na CLT, do Título II-A, chamado “DO DANO EXTRAPATRIMONIAL”, que engloba dos artigos 223-A ao 223-G. Antes que se prossiga ao exame específico das novas normas, é de se chamar atenção o nome dado ao título, o qual já é alvo de críticas por parte da doutrina. A expressão “extrapatrimonial” coloca os aspectos morais como se não fossem patrimônio, o que deriva de uma noção meramente contábil, e não jurídica, de patrimônio.

Segundo bons doutrinadores, entre os quais cite-se MARTINEZ (2019, p. 445), o legislador deveria ter usado a expressão *dano ao patrimônio imaterial*, que é tecnicamente muito

mais adequada. Ou, ainda, poderia ter usado o termo *dano moral*, que, ainda que não seja o melhor tecnicamente, é um termo amplamente difundido na doutrina e na jurisprudência pátria. Qualquer um destes termos teria sido, segundo Martinez, muito mais feliz do que o termo que foi efetivamente usado.

Entre os novos artigos, os primeiros deles, 223-A e 223-B, talvez sejam aqueles que receberam as maiores críticas por parte da doutrina. Em primeiro lugar, é justo explicitar que parece, à primeira vista, um bom avanço a legislação trabalhista finalmente contar com um regramento próprio que discipline a ocorrência do dano moral na relação de trabalho.

Entretanto, algumas normas trazidas pela Reforma são mais problemáticas do que era a controvérsia doutrinária-jurisprudencial. A leitura conjugada dos artigos, ao dizer que *apenas* os dispositivos reformistas constantes no Título II-A são aplicáveis ao dano moral, mostra uma intenção de isolar a matéria do dano moral em relação de trabalho do campo de incidência de qualquer outra norma que não esteja inserida dentro de sua limitação.

Ainda que o referido Título disciplinasse todos os desdobramentos possíveis do assunto (o que não faz), não poderia prosperar esse isolacionismo por questões de hermenêutica sistemática. Entretanto, algumas matérias de dano moral foram deixadas de lado pela Reforma, a exemplo do dano moral em ricochete. De forma alguma, isto pode significar que estes tópicos se tornaram irrelevantes para o ordenamento jurídico. O Art. 223-B, contudo, traz uma inserção bastante oportuna, que é o reconhecimento explícito de que a pessoa jurídica também pode ser vítima do dano imaterial.

Assim, a intenção isoladora da norma reformista deverá ser corrigida dentro do procedimento hermenêutico, sendo preterida em

face da interpretação sistemática, de modo que normas constitucionais e civis, quando aplicáveis, possam ser utilizadas em caráter pelo menos complementar¹⁷⁰. Nesta direção, tem-se os Enunciados N° 03, 04 e 20 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho.

Os artigos 223-C e 223-D trouxeram uma infraconstitucionalização de dispositivos constitucionais referentes aos direitos da personalidade, demonstrando quais seriam os bens jurídicos tutelados e protegidos da pessoa física e jurídica. A doutrina tem apontado que o rol destes referidos artigos não pode ser considerado exaustivo, mas uma mera exemplificação de quais seriam os bens juridicamente tutelados pela lei trabalhista referente a dano moral, sem prejuízo da adoção de outros, sob risco de desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Neste sentido é o entendimento adotado no Enunciado 19 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho.

A maior polêmica, contudo, encontra-se no Art. 223-G. Este artigo tratou-se de uma grande inovação no ordenamento jurídico brasileiro, mas foi recebida com pesadas críticas por parte da doutrina. LEITE (2019, p. 88), ao comentá-la, aduz que:

O novo art. 223-G da CLT revela a intenção do legislador ao impor verdadeira *capitis diminutio* na competência dos magistrados do trabalho em fixar o

¹⁷⁰ É o que pensa Carlos Henrique Bezerra Leite, que assevera: “Por essa razão, pensamos que os arts. 223-A a 223-G devem ser interpretados conforme os valores, princípios e regras da Constituição Federal e do Código Civil, sempre que implicarem melhoria da condição social, econômica e ambiental dos trabalhadores (CF, arts. 1º, 5º, 7º, caput, 200, VIII, e 225). Ademais, o próprio § 1º do art. 8º da CLT já admite a aplicação subsidiária do Código Civil (Direito Comum), razão pela qual é perfeitamente aplicável, in casu, os arts. 927 e seguintes do CC, desde que propiciem, concretamente, a melhoria da condição social dos trabalhadores (CF, art. 7º, caput).”

valor dos danos morais. Além disso, o dispositivo em causa é flagrantemente inconstitucional, porquanto a fixação do dano moral é tipicamente um julgamento por equidade e com equidade, ou seja, o magistrado deve adotar a técnica da ponderação com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Nesse sentido, aliás, o STF afastou do ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de “tarifação” legal do dano moral (ADPF 130/DF), tal como estava previsto na chamada Lei de Imprensa (que, segundo o STF, não foi recepcionada pela CF), sob o fundamento de que a Constituição Federal não permite que a lei possa, *a priori*, estabelecer o valor tarifado dos danos morais. De outro giro, o art. 223-G, criado pela Lei 13.467/2017, estabelece odiosa discriminação entre os trabalhadores pelos salários percebidos no tocante aos valores que devem ser fixados a título de danos morais, o que também revela a sua inconstitucionalidade por violação ao princípio da igualdade, inexistindo qualquer justificativa movida pelo interesse público para tal discriminação.

Em coro com Carlos Leite, DELGADO (2019, pp. 750-754) entende que a Constituição de 1988 repeliu três critérios, antes existentes, para aferição do dano moral e fixação de seus critérios: o primeiro seria a consideração do *status* político do ofendido na sociedade civil, critério este que parecia emanar da velha Lei de Imprensa (Lei Nº 5.250/1967). O segundo é o próprio tarifamento, o qual seria vedado pela Constituição por conta da redação do Art. 5º, inciso V, que diz expressamente que o valor da indenização deve ser *proporcional ao agravo* - vedando qualquer possibilidade de prévio tarifamento e atribuindo o juízo de equidade como o critério mais adequado para sua atribuição e fixação.

O terceiro, por fim, é a indexação do montante indenizatório por danos morais ao salário mínimo. O artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal, *in fine*, determina que é vedada a vinculação do

salário mínimo a qualquer fim. Desse modo, a vinculação ao salário mínimo seria inaceitável em face da Constituição Federal de 1998.

A partir do entendimento de DELGADO (2019, p. 788), o tarifamento exposto no Art. 223-G, §1º, parece ser inconstitucional, o tarifamento exposto no Art. 223-G, §1º, parece ser inconstitucional, por adotar justamente o segundo critério repellido pela Carta Magna, sobretudo em seu Art. 5, inciso V. Ainda segundo o autor, não fosse o tarifamento, os doze critérios elencados pelo mesmo artigo (incisos I ao XII) parecem ter adotado o juízo de equidade, à medida que fornecem doze elementos para o magistrado, ao apreciar o pedido, formar juízo de equidade próprio para o caso.

Assim sendo, os doze critérios seriam, na verdade, direcionadores, o que não configura nenhum tipo de inconstitucionalidade *a priori*. Ainda, “[...] o manejo, pelo Juízo, dos critérios para exame do dano moral e para a fixação da correspondente reparação deve-se fazer mediante o máximo exercício das qualidades inerentes à função do julgador: sensatez, equanimidade, ponderação, imparcialidade”, arremata o autor.

Sobre este respeito, é esclarecedor também o magistério de MARTINEZ (2019, pp. 448-449), que defende:

Não se olvide que esses referenciais, embora úteis para a determinação do arbitramento, não são os únicos existentes, tampouco precisam ser necessariamente considerados todos eles de forma conjuntiva. Apesar da dicção do verbo “considerar” – *o juízo considerará* – não se vê margem para um dirigismo da atuação judiciária, tampouco uma patrulha da atividade decisória. Cabe, portanto, ao magistrado – livre e independente – receber a série de referenciais como sugestões não exaustivas para que ele possa proferir uma decisão fundamentada e, especialmente, justa.

Conforme entende este autor, a tentativa de tarifamento imposta pelo parágrafo primeiro do Art. 223-G da CLT viola também o artigo 944 do Código Civil, que estabelece que o dano deve ser medido pela sua extensão, não havendo espaço para critérios previamente fixados. Segundo ele, ainda, a baliza da referida tarifação (último salário contratual do ofendido) geraria um tratamento “dessemelhante, inadequado e desproporcional”, uma vez que, por exemplo, dois funcionários que tivessem sofrido exatamente a mesma agressão, tendo eles salários diferentes, poderiam ser reparados em valores diferentes, o que geraria uma discriminação inaceitável para o ordenamento jurídico.

Por fim, é de se notar, conforme bem observado por MARTINEZ (2018, p. 451) que a Reforma, malgrado sua intenção em conferir critérios mais objetivos para a fixação da indenização por danos morais, gerou uma complicação que antes não existia. O motivo é que o Art. 223-G menciona, nos incisos do parágrafo primeiro que trata do tarifamento, que o fixará a indenização conforme os seguintes parâmetros: ofensa de natureza leve, média, grave ou gravíssima.

Contudo, não há nenhuma definição na Lei que permita entender e identificar o que estaria inserido em cada um desses parâmetros. Em outras palavras: como os juízes irão definir e diferenciar a ofensa de natureza grave da gravíssima? Qual o delimitador entre um e outro? Se essa definição for ficar (como parece que será) a cargo do entendimento particular do magistrado, de nada serviu a implementação de critérios “objetivos”. Um mesmo dano poderá ser classificado de formas distintas, a depender dos sentimentos particulares de cada magistrado, tornando incoerente a dosimetria.

CONCLUSÃO

Diante de todos os argumentos expostos, nossa conclusão é de que o dano moral é categoria alçada a importância máxima por constituir proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ao colocar a dignidade como marco fundante do Estado brasileiro, a ordem jurídica não pode tratar com leviandade a mesma, exigindo-se, portanto, tratamento cuidadoso com o dano moral.

Apesar disso, boa parte do regramento sobre o tema encontra-se na legislação civil (sobretudo no Código Civil de 2002), e alguns dispositivos no Código Penal. Apesar disso, a maior parte da construção teórica sobre o tema foi construída via doutrina e jurisprudência.

Qualquer que seja a modalidade de dano moral que se considere, o Poder Judiciário (especificamente a Justiça do Trabalho) deve apreciar os pedidos e analisá-los com base na proporcionalidade, razoabilidade e equidade. Era essa a única orientação existente no ordenamento jurídico pátrio até 2017, quando foi aprovada e promulgada a Reforma Trabalhista, que inseriu grandes modificações no sistema jurídico a este respeito.

Tal reforma merece menção devido a sua importância em dar visibilidade a questão do dano moral, sendo este o primeiro regramento trabalhista específico a disciplinar esta questão. Além disso, ela adicionou, em seu escopo, envergadura normativa que pacificou e solidificou muitas questões que antes gozavam apenas de envergadura jurisprudencial.

Entretanto, a Reforma foi amplamente criticada pela doutrina nacional, em diversos aspectos. Dentre aqueles que concernem ao dano moral, as críticas mais contundentes se referem ao caráter isolacionista do Art. 223-A, que pretende determinar que o dano moral

será disciplinado única e exclusivamente por norma constante do Título II-A da CLT. Além desta, o Art. 223-G gerou diversas polêmicas, principalmente quanto a questão da tarifação, a qual diversos doutrinadores classificam como inconstitucional.

Por último, é possível uma crítica ao estabelecimento de parâmetros para a fixação da indenização por danos morais com o objetivo de fornecer método mais objetivo para o cálculo. Ao contrário, o que o texto final conseguiu, aparentemente, foi gerar novos problemas, uma vez que não há direcionamento, na lei, para que os magistrados identifiquem os danos de acordo com sua gravidade de forma padronizada e unificada. Assim, a disposição reformista, tentando gerar objetividade, logrou gerar subjetividade num sentido que não existia antes da promulgação dela.

Ancorado na melhor doutrina, entendemos que o melhor método integrativo para a reforma trabalhista é entendê-la não de forma isolada (tal qual ela pretendia), mas de forma integrada com outros diplomas normativos, como os ditames constitucionais e civis. Além disso, os critérios oferecidos para a identificação do dano moral, apesar de o texto legal dizer que o “o juiz considerará”, de forma imperativa, devem ser interpretados como norteadores que o magistrado poderá adotar, se notar ocasião. Mesmo assim, sempre deve haver caráter preponderante ao juízo de equidade, razoabilidade e proporcionalidade. Assim sendo, deve o magistrado aplicar os critérios como baliza hermenêutica, e não como referencial fechado de mensuração da indenização por danos morais.

Por fim, quanto ao tarifamento, é preciso acompanhar o desenvolvimento jurisprudencial que será formado, e ver nele se será declarada a inconstitucionalidade ou se o Poder Judiciário encontrará formas de recebê-lo nos limites constitucionais, seguindo o comportamento dos tribunais superiores.

REFERÊNCIAS

Constituição:

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 jun. 2020.

Legislação:

BRASIL. Decreto-Lei Nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Consolidação das Leis Trabalhistas. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 01 maio 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Código Civil, revogado pela Lei 10.406 de 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm#art1806>. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil brasileiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. Lei Nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 jul. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 16 jun. 2020.

BRASIL. Lei Nº 11.430, de 26 de dezembro de 2006. Altera as Leis nºs 8.213, de 24 de julho de 1991, e 9.796, de 5 de maio de 1999, aumenta o valor dos benefícios da previdência social. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 dez. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11430.htm>. Acesso em: 9 jun. 2020.

BRASIL. Lei Nº 13.185, de 06 de novembro de 2015. Institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 6 nov. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/113185.htm>. Acesso em 17 jun. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal brasileiro.). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 dez. 1940. Disponível em: : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm >. Acesso em 07 jun. 2020.

Jurisprudência:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Inquérito: Inq. 3.412/AL. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello, Redatora para acórdão: Ministra Rosa Weber, m.v. Publicado do Diário da Justiça Eletrônico em 12 nov. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3076256>>. Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Conflito de Competência 7.204-1/MG. Rel. Min. Carlos Britto. Publicado no Diário da Justiça em 09 dez. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=25686>>. Acesso em: 13 jun. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Quarta Turma. Recurso de Revista: RR 354-59.2013.5.24.0007. Relatora: Ministra Maria de Assis Calsing. Publicado do Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho em 18 set. 2015. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/234216911/recurso-de-revista-rr-3545920135240007>>. Acesso em: 8 jun. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Sexta Turma. Recurso de Revista com Agravo: ARR-53100 -49.2011.5.16.0021. Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. Publicado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho em 12 maio 2017. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864545366/arr-531004020055020315/inteiro-teor-864545386?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 9 jun. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Primeira Turma. Recurso de Revista com Agravo: AIRR n. 165640-40.2007.5.02.0063. Relator: Desembargador Convocado José Maria Quadros de Alencar. Publicado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho em 25 out. 2013. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24351394/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-1656404020075020063-165640-4020075020063-tst/inteiro-teor-112013532?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 12 jun. 2020.

Súmulas:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula Nº 37. Disponível em: <

http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.txt#:~:text=S%C3%BAmula%3A%2037%20S%C3%83O%20CUMULAVEIS%20AS,UNI%C3%83O%20OU%20DE%20SUAS%20ENTIDADES.>. Acesso em: 11 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula Nº 227. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula227>. Acesso em: 12 jun. 2016

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula N° 387. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2013_35_capSumula387.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2016

Jornadas:

BRASIL. III Jornada de Direito Civil. Coordenador-Geral Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Comissão de Trabalho: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/274>>. Acesso em 16 jun. 2020

BRASIL. V Jornada de Direito Civil. Coordenador-Geral Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Comissão de Trabalho: Responsabilidade Civil. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/366>>. Acesso em 16 jun. 2020.

BRASIL. VII Jornada de Direito Civil. Enunciado N° 589. Coordenador-Geral: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Comissão de Trabalho: Responsabilidade Civil. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/834>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

BRASIL. II Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho. Coordenação: Associação Nacional dos Magistrados do Justiça do Trabalho (ANAMATRA). Comissão N° 2. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto_RT_Jornada_19_Conamat_site.pdf>. Acesso em 16/06/2020

Artigos em revistas:

DELGADO, Maurício Godinho. Direitos da personalidade (intelectuais e morais) e contrato de emprego. **Revista Síntese Trabalhista**. Porto Alegre: Síntese, n. 125, p. 5 e ss, 1999.

Livros:

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. São Paulo: Saraiva, 1980.

BARROS, Alice Monteiro de. **Contratos e regulamentações especiais de trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3ª ed., 2º t., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: teoria geral da responsabilidade civil**. Salvador: Juspodivm, 2014

BRANDIMILLER, Primo Alfredo. **Perícia judicial em acidentes e doenças do trabalho**. São Paulo: SENAC, 1996.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Volume 3 - Responsabilidade Civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Volume 4 - Responsabilidade Civil.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho.** 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: obrigações e responsabilidade civil.** 3ª ed., São Paulo: RT, 2004. v. 2.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho.** 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

_____. **Reforma trabalhista – entenda o que mudou: CLT comparada e comentada.** 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MONTEIRO, Antônio Lopes; BERTAGNI, Roberto Fleury de Souza. **Acidentes de Trabalho e Doenças Ocupacionais: conceito, processos de conhecimento e execução.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações.** 4. ed, v. I. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional.** 8. ed. São Paulo: LTr, 2014.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Responsabilidade Civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Volume 2 - Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil,** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Capítulos de Livros:

ALMEIDA, Victor Hugo de; COSTA, Aline Moreira da; GONÇALVES, Leandro Krebs. Meio Ambiente de Trabalho e proteção jurídica do trabalhador: (re)significando paradigmas sob a perspectiva constitucional. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães; URIAS, João (Coords). **Direito Ambiental do trabalho:** apontamentos para uma teoria geral. São Paulo: LTr, 2013. p. 123-142.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Trabalho com redução à condição análoga à de escravo: análise a partir do tratamento decente e de seu fundamento, a dignidade da pessoa humana. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Coord.). **Trabalho escravo contemporâneo:** o desafio de superar a negação. São Paulo: LTr, 2006

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos Morais e Direitos da Personalidade, in Eduardo de Oliveira Leite (coordenador), **Grandes Temas da Atualidade** — Dano Moral — Aspectos Constitucionais, Civis, Penais e Trabalhistas, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DO SISTEMA DE TARIFICAÇÃO DO DANO MORAL TRAZIDO PELA LEI 13.467/2017

THE REGULATION SYSTEM OF MORAL DAMAGE INTRODUCED BY THE LAW 13.467/2017

*Janaina Bagatini*¹⁷¹

*Jair Aparecido Cardoso*¹⁷²

RESUMO

O presente artigo busca fazer uma análise quanto à constitucionalidade e cumprimento das funções do dano moral pelo sistema de tarifação do dano moral introduzido pela Lei nº 13.467/2017, na Consolidação das Leis do Trabalho. Para isso, foi realizado delimitação do instituto do dano moral e das suas funções no direito. Passando, posteriormente, para o estudo desse instituto dentro da seara trabalhista e como ficou a sua regulamentação com o advento da Lei nº 13.467/2017. Por fim, realizou-se uma dissertação se esse novo sistema de tarifação do dano moral introduzido é constitucional ou não; e, se cumpre ou não com as funções da indenização por dano moral. Dessa forma, mediante a aplicação da metodologia dedutiva, por meio de pesquisa bibliográfica, a partir de consultas em leis, obras publicadas, artigos, dissertações, doutrina e análise jurisprudencial, é possível concluir que o sistema de tarifação das indenizações por dano moral introduzido pela Lei 13.467/2017 é

¹⁷¹ Advogada. E-mail: jbagatini_bagatini@hotmail.com

¹⁷² Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP-USP). Coordenador de do grupo de pesquisa "Transformação do Direito do Trabalho na sociedade pós-moderna e seus reflexos no mundo do trabalho (GEDTRAB FDRP/USP). E-mail: jaircardoso@usp.br.

inconstitucional, assim, não cumpre com as funções da indenização por dano moral.

Palavras-chave: Reforma trabalhista. Sistema de tarificação do dano moral. (In) Constitucionalidade. (Não) Cumprimento das funções da indenização por dano moral.

ABSTRACT

This article seeks to analyze the constitutionality and fulfillment of the moral damage functions by the moral damage charging system introduced by Law n. 13.467/2017, in the Consolidation of Labor Laws. To this end, a delimitation of the moral damage institute and its functions in law was carried out. Later, moving on to the study of this institute within the field of labor and how it became its regulation with the advent of Law n. 13.467/2017. Finally, a dissertation was carried out on whether this new system of charging for the moral damage introduced is constitutional or not; and, whether or not it fulfills the functions of indemnity for moral damage. Thus, through the application of the deductive methodology, by means of bibliographic research, from consultations on laws, published works, articles, dissertations, doctrine and jurisprudential analysis, it is possible to conclude that the system of charging for indemnities for moral damage introduced by Law n. 13.467/2017 is unconstitutional, thus, it does not fulfill the functions of indemnity for moral damage.

Keywords: Employment reform. regulation sistem of moral damage. (UN)constitutionality. Moral functions.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de analisar o sistema de tarificação do dano moral trazido pela reforma trabalhista, sob a ótica

da constitucionalidade desse sistema e sob a ótica civilista do instituto do dano moral.

Para a realização da presente pesquisa, foi utilizado o método dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica, a partir de consultas em leis, obras publicadas, artigos, dissertações, doutrina e análise jurisprudencial.

Com isso, buscou-se realizar a contextualização do instituto do dano moral na seara civilista, para depois, trazer o estudo desse instituto na seara trabalhista, com uma análise de como o instituto do dano moral era utilizado, assim como, suas qualificações mais usuais na justiça do trabalho, haja vista a ausência de dispositivos legais próprios na área trabalhista para regulamentação de tal temática.

Posteriormente, o trabalho visa descrever como foi realizada a introdução de regulamentação própria do instituto do dano moral na seara trabalhista, que passou a ter um título próprio na Consolidação das Leis do Trabalho, sendo denominado de dano extrapatrimonial. Artigos específicos conceituavam e disciplinavam a matéria, dando maior ênfase ao artigo 223-G, que trata do sistema de tarifação dos valores a serem dados para as indenizações decorrentes de danos extrapatrimoniais.

Assim, o presente trabalho, visa em seus últimos tópicos trazer a problemática quanto à constitucionalidade ou não; e, quanto ao fato de cumprimento ou não das funções inerente ao instituto do dano moral, com a implantação desse sistema de tarifação trazido pela Lei nº 13.467/2017, resultando em uma arduosa discussão sobre a validade ou não do sistema de tarifação do dano moral.

1 O DANO MORAL NO DIREITO CIVIL

Cada indivíduo possui sua identidade, a qual se desdobra em diversos direitos, bem como obrigações. Desde os primórdios, há a defesa, por toda pessoa natural, de sua honra. A violação a esse direito dá ensejo à reparação, o que é denominado como dano moral.

Ao passar dos anos, a legislação civil foi ganhando notoriedade, a qual teve um marco com a criação do “Código Civil de Bonaparte”, na França. Essa legislação, apesar de ter sofrido alterações durante o passar dos anos, ainda é utilizada na França, demonstrando a força e importância dos direitos privados do homem, com vistas à defesa da condição humana.

Já no Brasil, o marco importante para este instituto foi o Código Civil de Beviláqua, que buscou proteger os direitos de todos os indivíduos, incluindo os direitos relativos à honra.

Contudo, o Judiciário Brasileiro nem sempre concordou com uma forma de dano moral indenizável, muito menos se o pedido ao seu reconhecimento e condenação viesse desacompanhado de um dano material. Corroborando esse entendimento, indicavam alguns juristas, como Cristiano Chaves de Faria, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosendal (2014, p. 239), ao citar um acórdão do Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Min. Hahnemann Guimarães (RE nº 11.786):

Em relação ao dano moral, o STF, até meados dos anos sessenta, dizia, de modo peremptório, que “não é admissível que os sofrimentos morais deem lugar à reparação pecuniária, se deles não decorre nenhum dano material”. Ou seja, não se compensavam, no Brasil, os danos morais, apenas os danos patrimoniais seriam indenizáveis.

Ademais, o dano moral ganhou força com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, onde a dignidade da pessoa humana tornou-se um expoente para sustentação de todo o ordenamento jurídico pátrio.

O artigo 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988, traz um rol de direitos fundamentais de cada pessoa, dispondo nos seus incisos V e X, respectivamente, o direito de resposta, proporcional ao ato ofensor, além da indenização por dano material, moral e a imagem, e estabelece que sejam invioláveis os direitos a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Desse modo, restou evidente que o ordenamento jurídico brasileiro positivou o dano moral, dando abertura ainda para a sua devida indenização, quando violada a honra do indivíduo.

Com a entrada em vigor do atual Código Civil Brasileiro, do ano de 2002, foi também positivada a possibilidade de indenização pelo dano moral sofrido, ainda que não se falasse em dano material, conforme disposto no artigo 186 do dispositivo legal mencionado alhures.

A conceituação do dano moral não é pacífica entre os doutrinadores, indicando a dificuldade em ser preciso e unânime o seu conceito.

Há quem divida a conceituação do dano moral sob dois prismas, o positivo e o negativo. O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2010, p.377), em sua obra, detalha ambos os conceitos, apresentando primeiro o dano moral sob o prisma negativo e depois o positivo:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere

dos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.

O dano moral não é propriamente a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano.

Ademais, a doutrinadora Maria Helena Diniz (2010, p. 90) elabora conceito mais sintético: “O dano moral vem a ser a lesão de interesse não patrimoniais de pessoa natural ou jurídica (CC, art.52; Súmula 227 do STJ), provocada pelo fato lesivo.”

Apesar de toda a diversidade de conceituação, o dano moral passou a ser um dano indenizável no direito civil brasileiro, bem como com extrema proteção.

1.1 Das funções do dano moral

Desde a inserção do dano moral como um instituto capaz que gerar indenização por si só no Direito positivado brasileiro, muitas são as caracterizações, divisões, bem como conceituação de suas funções.

Sendo assim, antes de ingressar na conceituação de suas funções, importante destacar que o dano moral é tratado por muitos doutrinadores e juristas como um gênero, de onde decorrem diversos outros danos, que, conforme conceituação, se inserem no gênero dano moral.

A grande maioria da doutrina separa os danos entre dano material (patrimonial) e o dano moral (extrapatrimonial). Existem ainda outros ramos, como o dano à imagem e o dano estético, que, apesar de em algumas doutrinas e definições integrarem o dano moral, podem vir a existir independentemente deste.

A doutrina também classifica o dano moral em direto e indireto. Conforme ensinamento de Maria Helena Diniz (DINIZ, 2008, p. 93):

O dano moral direto consiste na lesão a um interesse que visa a satisfação ou o gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal e psíquica, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem) ou nos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família). Abrange, ainda, a lesão à dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III).

Por outro lado, ocorre o dano moral indireto quando há lesão a um bem ou interesse de natureza patrimonial, mas que, de modo reflexo, produz um prejuízo a um bem de natureza extrapatrimonial (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2004, p. 87).

Em um julgado no Superior Tribunal de Justiça, o Min. Ruy Rosado de Aguiar (REsp 65.393/RJ) sintetizou a questão acerca da nomenclatura do dano extrapatrimonial:

Independentemente da nomenclatura aceita quanto ao dano extrapatrimonial, e sua classificação em dano moral, dano à pessoa, dano psíquico, dano estético, dano sexual, dano biológico, dano fisiológico, dano à saúde, dano à vida de relação, etc, cada um constituindo, com autonomia, uma espécie de dano, ou todos reunidos sob uma ou outra dessas denominações, a verdade é que para o juiz essa disputa que se põe no âmbito da doutrina, essa verdadeira “guerra de etiquetas”, de que nos fala Mosset Iturraspe (El daño fundado em La dimensión Del hombre em su concreta realidad, Revista de Derecho Privado y Comunitário, 1/9) somente interessa para evidenciar a multiplicidade de aspectos que a realidade lhe apresenta, a fim de melhor perceber como cada uma delas pode e deve ser adequadamente valorizada do

ponto de vista jurídico. (Min. Ruy Rosado de Aguiar, REsp 65.393/RJ).

Portanto, a conceituação ou a divisão do dano moral é alvo de grandes divergências, tanto doutrinárias quanto jurisprudenciais. Contudo, não é óbice para a aplicação, hoje em dia, de suas devidas indenizações.

Não obstante, as funções do dano moral parecem ser pacíficas entre a maioria da doutrina e a jurisprudência, sendo dividida em três funções básicas: *i*) compensar alguém em razão de lesão cometida por outrem à sua esfera personalíssima (função compensatória); *ii*) punir o agente causador do dano (função punitiva ou sancionatória); e, por último, *iii*) dissuadir e/ou prevenir nova prática do mesmo tipo de evento danoso (função pedagógica ou preventiva).

A primeira delas é a função compensatória (*i*), que significa amenizar, atenuar o dano de maneira a minimizar suas consequências e satisfazer a vítima com uma quantia econômica, que servirá como consolo pela ofensa cometida.

Esta função compensatória da reparação por danos morais não guarda relação de equivalência absoluta com o dano, até mesmo em virtude do seu caráter não-econômico, sendo impossível sua exata aferição.

A segunda função é denominada função punitiva ou sancionatória (*ii*), que consiste em punir o agente lesante pela ofensa que cometeu, mediante a condenação ao pagamento de um valor indenizatório capaz de demonstrar que o ilícito praticado não será tolerado pela justiça. Sérgio Cavalieri Filho (2005, p.103) explica que:

(...) não se pode ignorar a necessidade de se impor uma pena ao causador do dano moral, para não passar impune a infração e, assim, estimular novas agressões. A indenização funcionará também como uma espécie de pena privada em benefício da vítima.

A não aplicação desta função acarreta o estímulo indireto à prática de novas infrações. Essa consequência indesejada ocorre em virtude da sensação de impunidade do lesante, o qual muitas vezes acredita ter obtido vantagem com o ilícito.

A função punitiva é paralela à função compensatória e, em algumas situações, a aplicação efetiva daquela resulta no alcance desta. Como exemplo, é possível citar as ações de reparação de dano extrapatrimonial nas quais as vítimas não desejam receber o valor indenizatório para si, preferindo doá-lo para instituições filantrópicas.

Por último, tem-se a função pedagógica ou preventiva (*iii*), que possui duplo objetivo: dissuadir o responsável pelo dano a cometer novamente a mesma modalidade de violação e prevenir que outra pessoa pratique ilícito semelhante. A primeira afeta o agente lesante, ao passo que a outra reflete na sociedade em geral, que é advertida por meio da reação da justiça frente à agressão dos direitos da personalidade.

Para Fernando Noronha (2003, p.437):

Esta função da responsabilidade civil é paralela à função sancionatória e, como esta, tem finalidades similares às que encontramos na responsabilidade penal, desempenhando, como esta, funções de prevenção geral e especial: obrigando o lesante a reparar o dano causado, contribui-se para coibir a prática de outros atos danosos, não só pela mesma pessoa como sobretudo por quaisquer outras. Isto é importante especialmente no que se refere a danos que podem ser evitados (danos culposos).

Sendo assim, apesar de toda a gama de conceituações e definições do dano moral, o certo é que as funções são de fato existentes. Além disso, o dano moral tem ganhado mais força a cada dia no direito civil brasileiro.

Desta feita, conforme demonstrado alhures, o instituto do dano moral tem grande força no sistema jurídico brasileiro, não podendo ser afastado do sistema legal trabalhista, uma vez que este rege uma das relações mais tendentes à geração de conflitos, a relação de emprego.

2 DO DANO MORAL NA SEARA TRABALHISTA

Nas relações trabalhistas, evidencia-se uma relação de poder entre o empregador e empregado, sendo este subordinado àquele.

Deste modo, não é difícil de atestar a existência de desigualdade entre as partes, uma vez que enquanto o empregado, na grande maioria das vezes, tem a seu favor apenas sua força de trabalho como meio de sobrevivência, o empregador detém os poderes diretivos, disciplinar e fiscalizatórios, os quais permitem que ele opte pela rescisão do contrato de trabalho, ainda que unilateralmente.

Ao empregador é dado também o poder de comando, desde que não seja de forma abusiva e seja sem excessos.

Os poderes diretivos e disciplinares devem seguir os limites impostos pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, tornando-se excessivo sempre que o rigor utilizado pelo empregado ferir a dignidade do empregado.

As relações estabelecidas por meio de contrato de trabalho devem ter como norte a premissa de que todos os seus objetivos sejam alcançados pelas partes, dentro do máximo respeito aos dispositivos e procedimentos legais, às convenções, acordos coletivos de trabalho, aos regulamentos internos das empresas e ainda, que se observem os usos e costumes em geral e da própria empresa, instituídos pelo próprio empregador, seus prepostos e todos os empregados.

O ordenamento jurídico não protege apenas os bens materiais,

protegendo também os bens imateriais, compostos por valores morais e sociais. Deste modo, na relação de emprego, é necessário proteger o trabalhador com uma superioridade jurídica, a fim de compensar sua inferioridade econômica e social com relação ao empregador e trazer equilíbrio à relação vivenciada.

A ofensa ou violação que não fere os bens patrimoniais de uma pessoa, mas fere um patrimônio constituído de copiosos sentimentos, pertencentes à vida, à integridade física, à liberdade, à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem e à moral, e demandam uma manifesta necessidade de reparação, a partir da qual se estará defendendo os direitos do espírito humano e os valores que compõem a personalidade do homem, ou seja, que constituem o seu patrimônio moral, caracterizam o dano moral, que pode ser, personalíssimo, estético, psíquico ou espiritual.

A oportunidade da reparação do prejuízo por dano moral surge na hipótese de o indivíduo entender que foi lesado.

O Código Civil, em seu artigo 932, inciso III, dispõe que o empregador também é responsável pela reparação civil, por seus empregados, quando no exercício do trabalho que lhes competir ou em razão dele.

O mesmo diploma legal, o artigo 927 prevê que aquele que comete ato ilícito ficará obrigado a repará-lo, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, também em conformidade ao que disciplina os artigos 186 e 187, do Código Civil.

Vários são os episódios suscetíveis de reparação por dano moral na esfera trabalhista. Para exemplificar alguns dos casos em que se configura tal dano, Paroski (2006, p. 103-135) elencou as seguintes hipóteses:

- a) assédio e abuso sexual no ambiente de trabalho, ou fora deste, quando o abuso ocorrer em razão do trabalho;
- b) assédio moral quando for configurada a manipulação perversa e o terrorismo psicológico, assim compreendidos a degradação nas condições de trabalho, seja por meio do rigor excessivo, incumbir o empregado com tarefas inúteis, isolamento, entre outros;
- c) dispensa discriminatória de portadores do Vírus HIV;
- d) transferências abusivas, como meio de coação ao trabalhador transferido;
- e) revista pessoal, de forma abusiva, como por exemplo, obrigar o trabalhador a despir-se, total ou parcialmente, muitas vezes na presença de outros trabalhadores do mesmo sexo ou do sexo oposto;
- f) acidente de trabalho, quando o empregador não cumpre, seja por dolo ou culpa, as normas de segurança e medicina do trabalho;
- g) injúria, calúnia ou difamação, seja qual for a situação;
- h) dispensa fundada em falsa justa causa.

Cumpra salientar que este não é um rol taxativo, uma vez que a relação de trabalho é dinâmica.

Ainda, a jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região contém vários exemplos de danos morais ocorridos no contexto da relação de emprego. A seguir, são apresentadas algumas decisões judiciais que reconhecem dano moral na relação de trabalho, *in verbis*:

ACIDENTE TÍPICO DE TRABALHO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. CABIMENTO. É dever do empregador zelar pela higidez física de seus empregados, propiciando meio ambiente de trabalho seguro e treinamento adequado para o exercício da atividade contratada, sob pena de configurar sua culpa subjetiva

na ocorrência de típico acidente de trabalho, a ensejar a reparação dos danos moral, material e estéticos daí decorrentes. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NÃO CABIMENTO. Ausente a assistência sindical, indevida a verba de honorários advocatícios - Súmulas 219 e 329 do C. TST. DONO DA OBRA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. NÃO CABIMENTO. Comprovada e caracterizada a condição de dono da obra do contratante, incide o Tema Repetitivo nº 6 do c. TST, segundo o qual o tomador dos serviços não responde pelos deveres trabalhistas do empregado. (TRT-15 - ROT: 00109350220175150151 0010935-02.2017.5.15.0151, Relator: LUIZ ANTONIO LAZARIM, 9ª Câmara, Data de Publicação: 06/12/2019).

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ASSÉDIO MORAL - O assédio moral consiste na conduta abusiva do empregador ao exercer o seu poder diretivo, direcionada ao empregado com a intenção deliberada de constrangê-lo ou prejudicá-lo. Nos termos dos artigos 186 e 927 (caput) do CC é necessária a presença dos seguintes requisitos: conduta culposa ou dolosa antijurídica, nexo de causalidade e dano. Ausente algum desses elementos, é indevida a reparação pretendida. (TRT-15 - ROPS: 00110685120185150008 0011068-51.2018.5.15.0008, Relator: DORA ROSSI GOES SANCHES, 2ª Câmara, Data de Publicação:).

A partir das decisões acima colacionadas, nota-se que o instituto do dano moral vem se fortalecendo na medida em que os casos concretos são levados à justiça e, ainda, que a indenização é devida quando o foro íntimo do indivíduo é lesionado.

O reconhecimento de responsabilidade indenizatória pressupõe a prática de ato ilícito, nexo de causalidade e o dano experimentado.

Constatado o dano, a sua reparação integral é medida que se impõe. Contudo, não constitui dano moral os simples sabores,

aborrecimentos, pequenas ofensas e pequeno incômodo. Ainda que este seja grave, não constitui dano moral caso o comportamento seja lícito.

A responsabilidade indenizatória poderá ser afastada na presença de uma das suas excludentes, como é o caso do caso fortuito e a força maior, a legítima defesa e o estado de necessidade. Ademais, na seara trabalhista podem ocorrer situações caracterizadoras de dano moral, tanto para o empregador quanto para o empregado, impondo-se, também, a sua completa reparação.

2.1. O dano moral após a Reforma Trabalhista

Sancionada no dia 13 de julho de 2017, a Lei nº 13.467/2017, chamada de Reforma Trabalhista, estabeleceu limites para indenizações recebidas por dano extrapatrimonial no âmbito da Justiça do Trabalho.

Antes da nova Lei Trabalhista, a Consolidação das Leis do Trabalho não fornecia critérios objetivos para a formulação de indenizações pelo dano extrapatrimonial. A indenização, quando devida, poderia ultrapassar cem salários mínimos, sendo arbitradas livremente pelo Juízo.

Após a vigência da Lei nº 13.467/2017, o termo “danos morais” foi substituído pela expressão “danos extrapatrimoniais”, sendo inserida na Consolidação das Leis do Trabalho, no Título II-A, os artigos 223-A até 223-G. O artigo 223-B, da Consolidação das Leis do Trabalho tem a seguinte indicação: “dano de natureza extrapatrimonial é a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação”.

Todavia, esclarece que deve ser considerado dano extrapatrimonial tudo aquilo que ofender a esfera moral ou existencial da pessoa, incluindo sua honra, imagem, intimidade, liberdade de ação, autoestima, sexualidade, saúde, lazer e integridade.

Como pode ser notado, a lei se referiu a “dano extrapatrimonial”, dispondo que este deve ser regulado “apenas” por esse título da Consolidação das Leis do Trabalho, expressando, assim, a ideia de afastar o alicerce normativo até então utilizado pelo Judiciário Trabalhista em seus julgamentos, ou seja, excluindo as regras gerais do Código Civil que regulam a matéria.

A nova legislação, ainda dispõe que as indenizações serão calculadas com base no salário do empregado. Então, quanto maior a gravidade do caso, maior o número de salários a que o profissional terá direito, caso ganhe o pedido para reparação de dano moral que tenha sofrido em uma ação trabalhista.

A reforma cria quatro categorias de ofensas: *i*) de natureza leve (até três vezes o último salário do ofendido), *ii*) média (até cinco vezes o último salário), *iii*) grave (até vinte vezes o último salário) e *iv*) gravíssima (até cinquenta vezes o último salário).

O texto legal não especifica quais os tipos de ofensa se encaixam em cada categoria, cabendo, portanto, aos juízes decidir.

O juiz, por sua vez, deve analisar o caso levando em consideração critérios como a intensidade do sofrimento ou da humilhação da vítima, a possibilidade de superação física ou psicológica, os reflexos pessoais e sociais, a extensão e a duração dos efeitos da ofensa, as condições em que ocorreu tal ofensa, o grau de culpa do acusado, a situação social e econômica das partes envolvidas e o grau de publicidade da ofensa, entre outros.

No entanto, há grande discussão sobre o fato de a lei basear a indenização no salário do trabalhador ser inconstitucional e não

cumprir com as funções do dano moral, uma vez que está fixando um valor de indenização em cima do salário da pessoa e não conforme o dano.

Deste modo, nestes termos, é notório concluir que essa específica questão se esbarra na inadequação constitucional manifesta da tarifação do dano extrapatrimonial trabalhista, instituída pelo novel artigo 223-G, da Consolidação das Leis do Trabalho.

3 DA INEFICÁCIA DO SISTEMA DE TARIFICAÇÃO DO DANO MORAL TRAZIDO PELA LEI 13.467/2017.

3.1 Da inconstitucionalidade do sistema de tarifação do dano moral (extrapatrimonial) abordado no artigo 223-G, da Lei nº 13.467/2017

Com o advento da Lei nº 13.467/2017, houve a implantação no sistema jurídico trabalhista do artigo 223-G, o qual, em seu bojo, traz um sistema que tarifa e limita o valor quando ocorre a condenação por indenizações por danos extrapatrimoniais, com especial ênfase às indenizações por dano moral.

O sistema entabulado no artigo mencionado alhures leva em consideração o salário auferido pelo trabalhador que sofreu dano e a qualificação do grau desse dano em sendo de natureza leve, natureza média, natureza grave ou natureza gravíssima.

Assim, diante desta rápida apresentação é possível vislumbrar a inconstitucionalidade deste dispositivo de lei face ao inciso XXVIII do art. 7º, ao inciso V e X do artigo 5º e ao princípio da isonomia todos previstos na Constituição Federal.

Observa-se que os incisos I, II, III, IV, do §1º, do art. 223-G, são inconstitucionais, pois fere frontalmente o princípio contido no

inciso XXVIII do art. 7º, da CF, vez que impõe uma limitação ao próprio exercício da jurisdição, impondo um limite nos julgamentos dados pelo Poder Judiciário, bem como, contraria a garantia de uma ampla indenização do dano extrapatrimonial já prevista no inciso XXVIII do art. 7º, da CF.

Ademais, vislumbra-se que a tarifação do dano extrapatrimonial trazida pela Lei nº 13.467/2017 se mostra contrária ao princípio da isonomia e da proporcionalidade, uma vez que tem como base de cálculo o salário do trabalhador. Nesse sentido, faz-se o questionamento: a mesma dor ou o mesmo dano sofrido por um trabalhador que ganha um salário mínimo é menor do que a daquele que aufer de uma renda superior a 10 salários-mínimos?

Deste modo, assevera-se que o sistema de tarifação introduzido pela Lei nº 13.467/2017 apenas fomenta as desigualdades existentes em nosso país, haja vista que a remuneração de um dano sofrido por um trabalhador que aufer uma menor renda será substancialmente inferior a de outro que sofreu o mesmo dano sob a simples justificativa de que este aufer de um salário superior.

Ainda, esse sistema introduzido pela chamada Reforma Trabalhista mostra que o sujeito empregado vale menos do que qualquer outro sujeito de direito civil, empresários ou consumidores, uma vez que esses, ao pleitearem indenizações para reparação da sua esfera moral ou extrapatrimonial, não estão sujeitos ao sistema de tarifação imposto pela Reforma Trabalhista aos trabalhadores.

Portanto, resta demonstrado que o sistema de tarifação das indenizações por dano moral trazido no bojo do artigo 223-G, da Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) é inconstitucional e apenas fomenta a desigualdade já latente no nosso país.

3.2 Do não cumprimento das funções do dano moral pelo sistema de tarifação trazido no art. 223-G da Lei nº 13.46/2017

Como já mencionado, as indenizações por dano moral, quando impostas pelo Poder Judiciário, visam cumprir com três funções/objetivos, os quais são: *i*) compensatória, *ii*) punitivo e *iii*) pedagógica/preventiva.

Contudo, além da inconstitucionalidade presente no sistema de tarifação imposto no art. 223-G, da Consolidação das Leis do Trabalho, trazido pela Lei nº 13.467/2017, observa-se que esse sistema não satisfaz essas três funções inerentes às indenizações por dano moral.

Primeiramente, o sistema de tarifação do dano moral trazido pela chamada Reforma Trabalhista não compensa o dano causado, uma vez que tem a sua valoração limitada, seja quanto a sua intensidade (em leve, média, grave ou gravíssima), tanto quanto ao seu valor, ao impor a limitação do *quantum* a percentual ligado ao salário do trabalhador.

Assim, como já mencionado, não se terá isonomia no valor das condenações e, conseqüentemente, o trabalhador que auferir de uma renda menor, e ter uma indenização por dano limitada a um percentual do seu salário, não se sentirá compensado ao ver que auferiu de um valor inferior ao do trabalhador que sofreu o mesmo dano, mas teve uma compensação monetária maior somente porque ele auferiu um salário maior.

Quanto à função punitiva, vislumbra-se que esta não resta cumprida em sua totalidade, uma vez que com a limitação imposta o empregador pode ter uma margem do valor máximo e mínimo que pode dispender em uma futura condenação, não satisfazendo a função

punitiva das indenizações por dano, concretizando a impunidade dos grandes empregadores.

Com o não cumprimento da função punitiva, ocorre também o não cumprimento da função pedagógica, pois o fato do empregador poder dimensionar e calcular o valor máximo e mínimo de uma condenação ao pagamento de uma indenização por dano moral faz com que ele “se programe”, ou seja, que ele já coloque nas suas contas de custo e benefício se compensa, ou não, a manutenção de algum dano que enseje uma condenação por dano moral.

Ademais, a desigualdade na quantificação do valor das indenizações por dano moral trazida pelo sistema de tarificação, resulta em maiores desigualdades e ofensas a classe operária que auferir de um salário mais baixo, passando a sofrer mais por ser aquela que acarreta ao empregador, na possibilidade de uma condenação por dano moral, uma condenação quantitativamente menor.

Deste modo, diante do apresentado, há um afastamento total da função pedagógica das indenizações por dano moral.

Portanto, nota-se que o sistema de tarificação das indenizações por dano moral, trazido pela Reforma, não satisfaz as funções das indenizações, desviando totalmente do escopo principal, tornando inócuo tal instituto.

CONCLUSÃO

O presente trabalho possuiu como escopo a análise do sistema de tarificação do dano moral/extrapatrimonial introduzido na Consolidação das Leis do Trabalho com a promulgação da Lei nº 13.467/2017, denominada de Reforma Trabalhista.

Com a realização desta pesquisa foi possível verificar que o sistema de tarificação introduzido pela reforma trabalhista é

inconstitucional, uma vez que leva em conta como base de cálculo para apuração dos valores das condenações por indenização por dano moral o salário do trabalhador ofendido.

E, ao se levar em conta o salário do trabalhador ofendido, o legislador apenas ocasionou uma disparada desigualdade, pois, quantificou a dor do trabalhador que auferir de uma renda maior como sendo mais dolorosa e importante do que a do trabalhador que sofreu o mesmo dano, porém auferir de uma renda inferior.

Assim, resta demonstrado que o sistema de tarifação do dano moral é claramente inconstitucional diante da sua total desproporcionalidade e desigualdade no tratamento quanto a remuneração dos trabalhadores que pleitearem indenizações por dano moral perante a justiça do trabalho, haja vista que trabalhadores que sofreram o mesmo dano receberam valores diferentes apenas porque um é chão de fábrica auferindo de um parquíssimo salário, enquanto que o outro gerente auferir de um salário muito maior.

Ademais, com a realização deste artigo é possível vislumbrar que, além dessa tarifação do dano moral introduzido pela reforma trabalhista ser inconstitucional, ele não cumpre com as três funções do dano moral, as quais são: a função compensatória, punitiva e pedagógica/preventiva, pois, ante a desigualdade na forma de pagamento o trabalhador não se sentirá compensado, bem como que, com o sistema de tarifação das indenizações por dano moral os empregadores irão ter conhecimento do quanto podem gastar caso haja uma condenação ao pagamento de indenização por dano moral.

E, em razão desse prévio conhecimento tal valor já será considerado na contabilidade da empresa, levando o grande empresário a não se adequar para diminuir ou inibir o evento danoso, não atingindo assim as funções punitiva e pedagógica das indenizações por dano moral.

Portanto, restou demonstrado que o sistema de tarifação das indenizações por dano moral é inconstitucional e não cumpre com as funções do dano moral; assim como, demonstrou o desconhecimento, despreparo e falta de sensibilidade do legislador ao criar referido dispositivo, haja vista que este somente serviu para aprofundar a desigualdade já existente em nosso país.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos morais**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Texto consolidado até a Emenda Constitucional nº 95 de 15 de dezembro de 2016. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_15.12.2016/CON1988.pdf. Acesso em: 29 jan. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/de15452.htm. Acesso em: 29 jan. 2020.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 29 jan. 2020.

BRASIL. Lei 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm. Acesso em: 29 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIN 5870**. Recorrido: Presidente da República e Congresso Nacional. Recorrente: Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - ANAMATRA. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF: STF, 21-Dez-2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=5870&processo=5870>. Acesso em: 30 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIN 6050**. Recorrido: Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. Recorrente: Presidente da República. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF: STF, 19-Dez-2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=6050&processo=6050>. Acesso em: 30 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIN 6082**. Recorrido: Congresso Nacional e Presidente da República. Recorrente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria - CNTI. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF: STF, 25-Fev-2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=5870&processo=6082>. Acesso em: 30 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. **ROT: 00109350220175150151**. Recorrente: Antonino de Jesus Freitas,

Prisma-Barretos Engenharia e Construções LTDA-EPP. Recorrido: Companhia de desenvolvimento Habitacional. Relator: LUIZ ANTONIO LAZARIM. 06/12/2019. Disponível em: https://busca.trt15.jus.br/search?q=cache:2pEWdYd2E8gJ:grumari.trt15.jus.br:1111/doc/45154593+ACIDENTE+T%C3%8DPICO+DE+TRABALHO.+INDENIZA%C3%87%C3%83O+POR+DANOS+MATERIAIS+E+MORAIS.+CABIMENTO+inmeta:DATA PUBLICACAO VOTO INTERNET:daterange:2019-12-06..&site=jurisp&client=dev index&output=xml no dtd&proxystylesheet=dev index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8. Acesso em: 29 jan. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região: **ROPS: 00110685120185150008**. Recorrente: Micheli Cristina da Rocha. Recorrido: GR Serviços e Alimentação LTDA e Capricórnio S/A. 02/08/2019. Relator: DORA ROSSI GOES SANCHES. Disponível em: [https://busca.trt15.jus.br/search?q=cache:CVVd-3tJQUkJ:grumari.trt15.jus.br:1111/doc/40595263+O+ass%C3%A9dio+moral+consiste+na+conduta+abusiva+do+empregador+ao+exercer+o+seu+poder+diretivo,+direcionada+ao+empregado+com+a+intenção%C3%A7%C3%A3o+deliberada+de+constrang%C3%AAlou+ou+prejudic%C3%A1lo.+Nos+termos+dos+artigos+186+e+927+\(caput\)+do+CC+%C3%A9+necess%C3%A1ria+a+presença+dos+seguintes+requisitos:+conduta+culposa+ou+dolosa+antijur%C3%ADdica,+nexo+de+causalidade+e+dano.++inmeta:DATA PUBLICACAO VOTO INTERNET:daterange:2019-08-02..&site=jurisp&client=dev index&output=xml no dtd&proxystylesheet=dev index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8](https://busca.trt15.jus.br/search?q=cache:CVVd-3tJQUkJ:grumari.trt15.jus.br:1111/doc/40595263+O+ass%C3%A9dio+moral+consiste+na+conduta+abusiva+do+empregador+ao+exercer+o+seu+poder+diretivo,+direcionada+ao+empregado+com+a+intenção%C3%A7%C3%A3o+deliberada+de+constrang%C3%AAlou+ou+prejudic%C3%A1lo.+Nos+termos+dos+artigos+186+e+927+(caput)+do+CC+%C3%A9+necess%C3%A1ria+a+presença+dos+seguintes+requisitos:+conduta+culposa+ou+dolosa+antijur%C3%ADdica,+nexo+de+causalidade+e+dano.++inmeta:DATA PUBLICACAO VOTO INTERNET:daterange:2019-08-02..&site=jurisp&client=dev index&output=xml no dtd&proxystylesheet=dev index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8). Acesso em: 29 jan. 2020.

CARDOSO, Jair Aparecido; VITA, Lucas Paulani de. A mercantilização e precificação do dano extrapatrimonial ao trabalhador vítima de acidente de trabalho no Brasil: reflexões acerca

da inconstitucionalidade da indenização tarifada e o desestímulo/retrocesso da Lei nº 13.467/17 na busca do meio ambiente de trabalho seguro – agenda 2.030 da ONU. In: Seminário Internacional de Pesquisa (Re) pensando o Trabalho Contemporâneo: **Avanços e retrocessos no contexto do trabalho [recurso eletrônico] / Seminário Internacional de Pesquisa (Re) pensando o Trabalho Contemporâneo**, 29-30 de agosto, 2019, Ribeirão Preto, São Paulo, Brasil; Victor Hugo de Almeida, Maria Hemília Fonseca, Jair Aparecido Cardoso e Eliana dos Santos Alves Nogueira (Organizadores). – Franca: UNESP- FCHS, 2019. v. 3.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. VII.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. VII.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. Salvador: Jus Podivm, 2014.

FAVARETTO, Cicero. **A tríplice função do dano moral. Jusbrasil**. Disponível em: <https://cicerofavaretto.jusbrasil.com.br/artigos/113638468/a-triplice-funcao-do-dano-moral>. Acesso em: 29 jan. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**: Fundamento do direito das obrigações. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

PAROSKI, Mauro Vasni. **Dano Moral e sua Reparação no Direito do Trabalho**. Curitiba; Juruá Editora, 2006.

COMUNICAÇÃO E TREINAMENTO PARA MITIGAÇÃO DO ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

COMMUNICATION AND TRAINING TO MITIGATE MORAL HARASSMENT IN WORK RELATIONS

*Andresa Di Fazio Guarini*¹⁷³
*Marcela Cortez Salomão*¹⁷⁴
*Fabrizio De Bortoli*¹⁷⁵
*Jair Aparecido Cardoso*¹⁷⁶

¹⁷³ Advogada, Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Escola Superior de Direito (ESD); membro do grupo de pesquisa (CNPQ) “A transformação do direito do trabalho na sociedade pós-moderna e seus reflexos no mundo do trabalho” da FDRP/USP. E-mail: andresafazio@gmail.com.

¹⁷⁴ Advogada, Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Escola Superior de Direito (ESD); membro do grupo de pesquisa (CNPQ) “A transformação do direito do trabalho na sociedade pós-moderna e seus reflexos no mundo do trabalho” da FDRP/USP. E-mail: salomao.cortez@gmail.com.

¹⁷⁵ Advogado. Especializado em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade Lauro de Camargo – Universidade de Ribeirão Preto (Unaerp). Mestrando do programa de pós-graduação stricto sensu da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Membro do grupo de pesquisa (CNPQ) “A transformação do direito do trabalho na sociedade pós-moderna e seus reflexos no mundo do trabalho”. E-mail: fabrizio.bortoli@usp.br.

¹⁷⁶ Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP (FDRP/USP); Coordenador do grupo de pesquisa (CNPQ) “A transformação do direito do trabalho na sociedade pós-moderna e seus reflexos no mundo do trabalho” da FDRP/USP. Doutor em Direito pela Universidade Católica de São Paulo, PUC – SP; graduado e mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba, UNIMEP. Autor de livros e artigos da área. E-mail: jaircardoso@usp.br.

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar a relação de trabalho, a ambientação histórica do assédio moral, bem como a aplicação das ferramentas de *compliance*, tais como o treinamento para sua mitigação no ambiente de trabalho. Objetivos: Analisar a relação de trabalho, bem como a ambientação histórica do Assédio Moral, fazendo as interfaces de definição, espécies, elementos e suas consequências. Estudar a legislação do Assédio Moral no Brasil, o que permitirá a visualização da proteção Constitucional e da Norma Ordinária, vislumbrando os projetos que tramitam no Congresso. Compreender o instituto do *Compliance* como mecanismo de mitigação do Assédio Moral, tal como a evolução normativa no ordenamento jurídico brasileiro, a implantação, o código de conduta/manual de ética, o treinamento versus educação, e por fim o canal de denúncias. Metodologia: O método utilizado é o fenomenológico e genealógico, utilizando-se a pesquisa dogmática materiais bibliográficos tais como doutrinas, artigos científicos sobre o tema, jurisprudências e legislação nacional. Conclusão: Conclui-se que as regras de *compliance* caso aplicadas às relações laborais subordinadas tendo como base os princípios e normas afetas ao Direito do Trabalho poderá reduzir e mitigar o assédio moral nas instituições empresariais.

Palavras-chave: *compliance*. direito do trabalho. assédio moral.

ABSTRACT

This research paper aims to analyze the employment relationship and the historical environment of moral harassment and the application of *compliance* such as training to mitigate it in the workplace. Objectives: To analyze the employment relationship, as well as the historical environment of Moral Harassment, making the interfaces definition, species, elements and their consequences. To study the legislation of Moral Harassment in Brazil, which will allow the

visualization of the Constitutional protection and the Ordinary Rule, glimpsing the projects that are going through the Congress. Understand the Compliance institute as a mechanism for mitigating bullying, such as the normative evolution in the Brazilian legal system, the implementation, the code of conduct / ethics manual, training versus education, and finally the reporting channel. Methodology: The method used is the hypothetical-deductive, using dogmatic research using bibliographic materials such as doctrines, scientific articles on the subject, jurisprudence and national legislation. Conclusion: It is concluded that the compliance rules if applied to subordinate labor relations based on the principles and norms related to Labor Law if applied with the appropriate means can reduce and mitigate moral harassment in business institutions.

Keywords: compliance. labour rights. moral harassment.

INTRODUÇÃO

O tema e problema apresentado para o presente trabalho foi pensado tendo em vista a crescente discussão sobre o assédio moral nas organizações. Este tema vai de encontro a dignidade, integridade psíquica ou física do ser humano no ambiente organizacional, e o *compliance* que visa estar de acordo com a legislação, podendo ser utilizado para mitigar esse fenômeno que envolve humilhações, gerando efeitos psicológicos, além de gerar passivo trabalhista para as organizações, tanto de pequeno quanto de grande porte.

A problematização do tema veio da observação de que o assédio moral não possui legislação específica e vem aumentando, atualmente, com o desenvolvimento das relações capitalistas. Por assim se constatar, o presente trabalho visa analisar se o *compliance*, pode ser utilizado como ferramenta para diminuir ou mitigar os casos de assédio moral nas empresas ou nas relações de trabalho, principalmente utilizando-se o pilar do treinamento como um dos

meios para se atingir essa finalidade.

O estudo sobre assédio moral nas organizações e seus efeitos, justifica-se pela frequência com que ocorre, já que o ato de assediar está cada vez mais presente entre colaboradores, gestores e organizações. Este ato está acompanhado de muitas implicações, principalmente, ações judiciais, havendo impactos negativos nos assediados, como baixa autoestima, insegurança, medo, podendo vir a desenvolver problemas psicológicos ao longo do tempo, e, para as empresas, podem ocasionar na maioria das vezes baixo rendimento, rotatividade, inclusive desenvolvendo um ambiente de trabalho insalubre. Por essa razão, torna-se relevante compreender a temática e seus efeitos, de forma a contribuir para o aprofundamento do estudo, visando utilizar-se dos meios necessários para que isso possa ser reduzido, evitando-se ao máximo maiores danos tanto para a empresa quanto para os colaboradores.

Como objetivo da pesquisa o tema proposto visa compreender se o instituto do *compliance* pode ser utilizado como mecanismo de mitigação do Assédio Moral nas relações de trabalho, tal como a evolução normativa no ordenamento jurídico brasileiro, e se a implantação do código de conduta ou manual de ética, o treinamento e educação, assim como o canal de denúncias pode reduzir os casos do assédio moral.

Os marcos teóricos utilizados foram: Professor **Francisco J. Medina Díaz** que é professor titular do departamento de psicologia da Universidade de Sevilla, Espanha. O professor Medina é formado em Filosofia e Ciências da Educação, Mestre em Gestão de Recursos Humanos, Doutor em POT pela Faculdade de Psicologia da Universidade de Sevilla. A Professora **Miriam Benítez Gonzáles**, Doutora em Recursos Humanos, leciona na Universidade de Huelva, Espanha. E por fim, o Professor **Eduardo Milleó Baracat**, que é Juiz

do Trabalho da 9ª Região, e leciona na Faculdade UNICURITIBA.

Para a realização do presente trabalho foi realizada uma pesquisa aprofundando-se na compreensão das organizações, com o intuito de gerar conhecimento de como a técnica do *compliance* pode ser útil nas relações empresariais, principalmente para mitigar os riscos e condenações trabalhistas no tocante ao assédio moral, utilizando-se dados derivados de estudos e análises já realizados por pesquisadores, tais como livros, artigos legislações, bem como estudo de caso com relação à aplicação do treinamento especificamente em uma empresa e os resultados obtidos, dentre outros.

Sendo assim, nos capítulos primeiro e segundo foi delineado brevemente o histórico das relações de trabalho e com ele o surgimento do assédio moral nas relações empresariais; bem como, foi conceituada a prática do assédio, relacionadas suas espécies, elementos e suas competências. Já no capítulo terceiro foi feito um estudo sobre a legislação aplicada com relação ao *compliance* e o assédio moral.

No capítulo quarto discutiu-se o surgimento do *compliance* trabalhista, seus programas de integridade e a possibilidade de interface com outras áreas da ciência para a diminuição da prática do assédio.

1. ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO

1.1 História do Direito do Trabalho

O Direito do Trabalho é fruto do capitalismo, aliado à evolução histórica desse sistema, restaurando as distorções econômico-sociais e civilizando a importante relação de poder que sua dinâmica econômica cria no âmbito da sociedade civil, e em especial no

estabelecimento e na empresa. (DELGADO, 2018, p. 94)

Para alguns países capitalistas ocidentais, os autores tendem a construir periodizações que guardam alguns pontos fundamentais em comum. Um desses marcos fundamentais está no “Manifesto Comunista”, de *Marx e Engels*, em 1848. Outros afirmam que está na Encíclica Católica *Rerum Novarum*, de 1891. O terceiro marco seria a Primeira Guerra Mundial e seus desdobramentos, como, por exemplo, a formação da OIT – Organização Internacional do Trabalho (1919) e a promulgação da Constituição Alemã de Weimar (1919). Sendo do mesmo período a Constituição Mexicana (1917). As duas Constituições foram pioneiras na inserção em texto constitucional de normas nitidamente trabalhistas, sendo pioneiras no processo jurídico fundamental de constitucionalização do Direito do Trabalho, que seria uma das marcas distintivas do século XX. (DELGADO, 2018, p. 104-105)

Os autores *Granizo e Roghvos*s apontam a existência de quatro principais fases na evolução do Direito do Trabalho: *formação, intensificação, consolidação e autonomia*.

A fase de *formação* estende-se de 1802 a 1848, tendo seu momento inicial no *Peel’s Act*, do início do século XIX na Inglaterra, que trata basicamente de normas protetivas de menores. A segunda fase (da *intensificação* situa-se entre 1848 e 1890, tendo como marcos iniciais o *Manifesto Comunista* de 1848 e na, França, os resultados da Revolução de 1848, como a instauração da liberdade de associação a criação do Ministério do Trabalho. A terceira fase (da *consolidação* se estende de 1890 a 1919. Seus marcos iniciais são a Conferência de Berlim (1890, que reconheceu uma série de direitos trabalhistas, e a Encíclica Católica *Rerum Novarum* (1891), que também fez a chamada “questão social”. A quarta e última fase, da *autonomia* do Direito do Trabalho, tem início em 1919, estendendo-se às décadas

posteriores do século XX. Suas fronteiras iniciais estariam marcadas pela criação da OIT (1919) e pelas Constituições do México (1917) e da Alemanha (1919). (DELGADO, 2018, p. 104-105)

B1.2 Relação de Trabalho e Relação de Emprego

Relação de Trabalho tem caráter genérico referindo-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em *labor humano*. Referindo-se a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível. A expressão relação de trabalho engloba a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio etc.). Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual. (DELGADO, 2018, p. 333)

Maurício Godinho Delgado entende conceitua relação de emprego, do ponto técnico-jurídico, como apenas uma das modalidades específicas de relação de trabalho juridicamente configuradas. Corresponde a um tipo legal próprio e específico, inconfundível com as demais modalidades de relação de trabalho ora vigorantes.

A expressão relação de trabalho (e, conseqüentemente, *contrato de trabalho* ou mesmo *Direito do Trabalho*) é utilizada para se indicarem típicas relações, institutos ou normas concernentes à relação de emprego, no sentido específico.

Nas palavras de Maurício Godinho Delgado essa tendência está consolidada, apesar de ser criticada sob o enfoque estritamente técnico-jurídico. Essa tendência se originou da hegemonia fático-

jurídica da relação empregatícia no universo de todas as relações de trabalho, tornando-se meramente acadêmica e formalista a insistência em se recusar validade teórica às expressões tradicionais (relação de trabalho e contrato de trabalho) para designar a relação e instituto de caráter específico (relação de emprego e contrato de emprego). (DELGADO, 2018, p. 334-335)

No sistema capitalista de produção a relação de emprego é uma relação de trabalho “em que as pessoas se vinculam numa perspectiva duradoura”. (MAIOR, 2008, p. 16)

2 ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

2.1 Breve Histórico

Com a globalização, advém o escopo de uma maior obtenção de lucro, sendo esse o fator predominante para o aumento do assédio moral no trabalho.

Em 1980, foi o psicólogo alemão, radicado na Suécia, Heinz Leymann, o primeiro a estudar o assunto, introduzindo o conceito de *mobbing*, para descrever as formas de assédio dentro das organizações. Publicando em 1993 o livro *mobbing la persécution au travail – Mobbing*, a perseguição no trabalho.

O assédio moral (termo concebido por Marie-France Hirigoyen em 1998, França) no contexto das relações de trabalho deve ser entendido como toda e qualquer conduta abusiva, que se manifeste sobretudo por comportamentos, palavras (orais ou escritas), atos e gestos que possam ocasionar dano à personalidade, dignidade ou integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho. (MAZUCATTO, 2017 p. 177-178)

Juridicamente pode ser encarado como um abuso emocional ocorrido no ambiente de trabalho, de forma intencional, sem cunho sexual ou racial, com intenção de afastar o trabalhador da relação profissional. (MAZUCATTO, 2017 p. 178)

Apenas em 1990 o assédio moral foi identificado como um fenômeno altamente destruidor dos ambientes, pois além de comprometer a produtividade, também favorecia o absenteísmo, em razão dos desgastes psicológicos que ocasiona. (MAZUCATTO, 2017 p. 177)

No Brasil foi introduzido por meio da dissertação de mestrado na área de Psicologia Social da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – Uma jornada de humilhações – sendo a autora médica do Trabalho no contexto sindical, Margarida Barreto, em 2000; 2003; 2005 e em 2008 publicou conjuntamente com Roberto Heloani e Maria Ester de Freitas o livro *Assédio moral no trabalho*, editora Cengage Learning. São Paulo: 2008.

2.2 Conceito, espécies, elementos e suas competências

Assédio moral trata-se de conduta reiterada seguida pelo sujeito ativo no sentido de desgastar o equilíbrio emocional do sujeito passivo, por meio de atos, palavras, gestos e silêncios significativos que visem ao enfraquecimento e diminuição da autoestima da vítima ou a outra forma de tensão ou desequilíbrio emocionais graves. No âmbito empregatício o assédio moral tende a ocorrer de maneira vertical, no sentido descendente, ou seja, da chefia em direção aos chefiados, ou também no sentido horizontal, oriundo de colegas em direção à(s) chefia(s).

O assédio moral perpetrado pelo empresário ou suas chefias constitui infração do empregador, que pode se capitular, por exemplo,

nas alíneas “a”, “b” ou “e” do art. 483, da CLT. Sendo cometido por colegas de trabalho, pode ser capitulado nas alíneas “b”, *in fine*, de “j” da CLT, constituindo infração do(s) trabalhador(es). Mesmo que se trate de trabalhador contra trabalhador o empregador pode vir a ser responsabilizado pela vítima de assédio, em virtude de a ele competir a atribuição de criar e manter ambiente hígido de trabalho no estabelecimento e na empresa (art. 157, CLT). Ao atingir o patrimônio moral da pessoa humana que vive do trabalho, este tipo de assédio pode ensejar indenização por dano moral. (DELGADO, 2018, p. 765)

O Assédio Moral caracteriza-se pela prática de variados artifícios levados a efeito no ambiente de trabalho pelo assediador, superior hierárquico ou não do assediado, que, de forma deliberada e sistemática, repetitiva e/ou continuada, comete violência psicológica contra a vítima, com o objetivo de ir minando a sua autoestima, dignidade e reputação, até destruir, por completo, a capacidade de resistência dessa pessoa. (Desembargador Elveccio Moura dos Santos do TRT da 18ª. Região)

As espécies de assédio moral são **vertical descendente**, que é do superior hierárquico dirigido a um subordinado, sendo este o mais comum; o **vertical ascendente**, que advém de um inferior hierárquico a um superior; **horizontal** é ocasionada pelos trabalhadores que se encontram em um mesmo patamar hierárquico; **horizontal e vertical descendente** (ou assédio moral misto), nesta modalidade a vítima é assediada por duas pessoas ao mesmo tempo, uma delas trata-se do assediador horizontal (que é praticado por colegas de níveis hierarquicamente iguais) e a outra é o assediador vertical (onde quem pratica o assédio é seu superior hierárquico).

E por último o assédio moral **coletivo** que são condutas abusivas aplicadas a um número de empregados, sendo este repetitivo e sistematizado atingindo a dignidade e integridade psíquica ou física

desses, ameaçando o emprego ou degradando o ambiente de trabalho.

Várias são as condenações de assédio moral, no caso do assédio moral vertical descendente o TST, no ARR nº. 1036-93.2014.5.09.0072, considerou, por unanimidade, manter a condenação de uma empresa do setor alimentício, por entender que uma das colaboradoras responsáveis pelo setor da empresa chamava a sua subordinada de “gorda”, “burra” e “incompetente”. Diante disso, o TST majorou a condenação em R\$ 30 mil reais.

Exemplo de julgamento de assédio moral horizontal foi a condenação feita pelo TRT da 13ª. Região no julgamento do Recurso Ordinário nº. 71100-92.2012.5.13.0006 pelo Desembargador Francisco de Assis Carvalho Silva. Entendeu que a ninguém é dado tratar semelhando de maneira grosseira, com gritos (...). Aceitar tal prática é anuir com a degradação das relações humanas, especialmente no ambiente de trabalho. Lembro que o assédio ocorre, na relação de emprego, não apenas de forma ascendente ou descendente, mas igualmente de modo horizontal.

O assédio moral possui o sujeito ativo, que podem ser o superior hierárquico, colegas de trabalho e empregados contra o chefe; é caracterizado sempre por atitudes veladas, sendo as vezes imperceptíveis a todos; é sempre iniciado por um motivo que visa desestabilizar a vítima, sendo as atitudes mais comuns o isolamento da vítima, por meio de atitudes que visa impor a autoridade impedindo que a vítima se expresse, não explicando o porquê.

3 LEGISLAÇÃO DO ASSÉDIO MORAL NO BRASIL

3.1 Proteção Constitucional e Ordinária

A evolução das relações de trabalho proporcionou grande desenvolvimento econômico, e com a revolução industrial nos séculos XIX e XX, segundo Anaruez Mathies (2018, p. 51-54), a modernização das relações de trabalho proporcionou grande desenvolvimento econômico.

Nessa baila, surgem os intitulados direitos de segunda geração, com o respaldo do Estado em sua concretização, dentre eles os trabalhistas. Sob este prisma, o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado como o maior entre todos.

Por sua vez, a vedação da prática do assédio moral se respalda em elementos constitucionais. Dessa forma, no artigo 1º, incisos III e IV, da Constituição Federal, enaltece o valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana, bem como os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa, atingido os direitos fundamentais do trabalhador.

Já no artigo 3º, existe a vedação do assédio moral, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Os artigos 5º., 7º. e 226, todos da Constituição Federal, valida o respeito à vida, integridade física, segurança, e saúde no trabalho, pautados no princípio da não discriminação.

Mais adiante dos artigos 170 e 193, todos da Constituição Federal, ressalta a importância da ordem econômica bem como a livre iniciativa, assegurando a todos uma existência digna, em que a ordem social tem como base o primado do trabalho, com a finalidade do bem-estar e justiça social.

Por fim, o artigo 225, § 3º. preconiza o dever da empresa garantir aos seus trabalhadores um ambiente de trabalho seguro, hígido e livre de riscos ocupacionais, inclusive os de natureza emocional, como a perseguição e o assédio moral e sexual.

Além de normas constitucionais, faz se necessário analisar a existência de normas infraconstitucionais, que também visam coibir a prática de atos que ensejam a violação dos direitos da personalidade no emprego. Nesse sentido é a línea “a”, do artigo 483, da Consolidação das Leis do Trabalho, em que, caso sejam exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato, o empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização.

No entanto, apesar de existirem dispositivos constitucionais e infraconstitucionais resguardando a dignidade da pessoa humana, e proibindo a prática discriminatória na relação de emprego, não há legislação expressa quanto ao assédio moral.

Vale destacar, ainda, que com a reforma trabalhista, Lei nº. 13.467/17, houve uma queda significativa nas ações relacionados ao Assédio Moral. De acordo com o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, em 2017 havia cerca de 42,4 mil ações com pedido de assédio moral, e no ranking estava na 19º posição de pleito mais comum na primeira instância do Judiciário Trabalhista de São Paulo. Contudo em 2018, os pedidos de indenização por assédio moral caíram para aproximadamente 16,9 mil, recuando para a 31ª posição.

3.2 Projetos em Tramitação no Congresso Nacional

Os projetos de lei em tramite no Congresso Nacional, tratando da questão do assédio moral, são um avanço para as relações de emprego.

Nesse sentido, em 12 de março de 2019, o plenário da Câmara dos Deputados aprovou o **Projeto de Lei nº. 4.4742/01**, que tipifica, no Código Penal, o **crime de assédio moral no ambiente de trabalho, sendo essa proposta enviada ao Senado para aprovação.** (grifamos)

A pena estipulada será de detenção de um a dois anos e multa, aumentada de um terço se a vítima for menor de 18 anos. Isso sem prejuízo da pena correspondente à violência se houver. A causa somente terá início se a vítima representar contra o ofensor. Essa representação é irretroatável, ou seja, a pessoa não pode desistir dela posteriormente.

O texto ressalta que, na ocorrência de transação penal, esta deve ter caráter educativo e moralizador. Como a transação penal envolve o cumprimento de penas alternativas – como prestação de serviços à comunidade ou pagamento de determinado valor para instituição de caridade – o projeto de lei determina a aplicação de pena de caráter educativo e moralizador.

Outro projeto de Lei de suma importância é o de **nº. 2.369/2003** (apensado no PL 10632/2018, apensado no 2369/2003, apensado no 6757/2010, e em 17.02.2020 apensado ao **PL-167/2020**, o qual aguarda parecer do Relator na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público - CTASP).

Esses projetos preveem uma indenização correspondente a dez vezes a remuneração do empregado, cuja reincidência arcará com o dobro da indenização, além das despesas médicas. Também, no último apensamento – PL 6757/2010 -, há proposta de alteração do artigo 483 da Consolidação das Leis do Trabalho, a ordem de autorizar a rescisão motivada do contrato de trabalho pelo empregado na hipótese da prática de assédio moral.

Contudo, podemos considerar a morosidade dos projetos sem a aprovação de texto de lei, como um retrocesso jurídico e social.

4. O COMPLIANCE TRABALHISTA E SEUS PROGRAMAS DE CONFORMIDADE OU INTEGRIDADE

4.1 Breve Histórico

A prática do *compliance* surgiu na Comissão de Valores Mobiliários dos EUA, na década de 60, do século passado. No Brasil, surge com os escândalos de corrupção na Petrobrás e com a “Operação Lava Jato” promovida pela Polícia Federal. Nessa medida, a edição da Lei n. 12.846/2013 (“Lei Anticorrupção”) veio coibir práticas de corrupção contra a administração pública. Foi regulamentada pelo Decreto n. 8.420/2015 que traz a ideia dos “Programas de Integridade ou de Compliance”. Tais programas devem ser elaborados e implantados pelas pessoas jurídicas que mantenham relações com a administração pública, bem como possuir alguns requisitos.

4.2 Requisitos de um Programa de Compliance Social ou Trabalhista

Nesse ínterim, surge a tentativa de trazer a ideia de conformidade ou compliance para as relações de trabalho, o que passa a ser tratado como *compliance social*. Até mesmo pessoas jurídicas que não mantêm relações com a administração vêm criando e implantando programas de compliance que contemplam as relações de trabalho.

Os programas de compliance social também devem observar as diretrizes dos artigos 41 e 42 do Decreto 8.420/2015 e, em especial,

devem prever a existência de Códigos de Conduta e de órgãos responsáveis pela administração, recebimento de denúncias, investigação, auditoria, bem como funcionar como Conselho de Ética. Sugere-se que tais órgãos sejam compostos por aqueles que administram a empresa, bem como por parte dos seus trabalhadores.

Começemos pelos Códigos de Conduta. Eles devem ser do conhecimento dos empregados, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados. Também deverão estabelecer treinamentos periódicos sobre o programa de integridade. Ditos treinamentos, ao que se percebe, se restringem àqueles que deverão construir e aplicar os programas de compliance, excluindo desse modo aqueles que sofrerão a ação do programa. Em especial, os Códigos de Conduta deverão prever medidas disciplinares em caso de violação do programa.

Os canais de denúncias de irregularidades deverão ser abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros; e deverão ser providos de mecanismos destinados à proteção do denunciante de boa-fé. Sugere-se que as denúncias sejam feitas via ouvidoria ou por e-mail. É recomendável a elaboração de relatórios após a oitiva dos envolvidos, bem como, que as decisões sejam proferidas num espaço curto de tempo e que se imponha as medidas disciplinares aos culpados.

4.3 O *Compliance* Trabalhista e o Assédio Moral

No que diz respeito à tentativa de coibir o assédio moral nas relações de trabalho através dos programas de compliance social, a ideia é criar na empresa um ambiente passível de diálogo e confiança para que os empregados, se presenciarem ou sofrerem assédio, sintam-se seguros em denunciar. É recomendável que se crie Comissões de

Análise de Denúncias de Assédio Moral. Ditas comissões deverão ser compostas por empregados eleitos, pessoas indicadas pela Cia., e pessoas indicadas pela Sociedade Civil (BARACAT & ZAGONEL, 2018).

Conforme dito alhures, no Brasil, ainda não temos uma legislação que coíba o assédio moral, que dirá nas relações de trabalho e, mais ainda, fazendo uma interface com os programas de integridade de compliance. Contudo, no direito comparado, temos bons exemplos:

Portugal fez inserir no seu Código do Trabalho, mais precisamente no artigo 127, a obrigação da empresa, com mais de sete funcionários, prever em seu código de ética ou conduta o combate ao assédio no trabalho. O mesmo artigo prevê a obrigação da empresa instaurar procedimento disciplinar sempre que tiver conhecimento das alegadas situações de assédio no trabalho.

4.4 A Atuação Concorrente dos Operadores do Direito e de Outras Áreas da Ciência na Prevenção e Solução do Assédio Moral

O assédio moral causa muito males. Dentre eles, as doenças psicossomáticas como a depressão e o bournout. As doenças mentais são hoje a maior causa de afastamentos previdenciários no Brasil e no mundo.

Pensando nisso, seria de bom tom uma interface entre o Direito e outras áreas da ciência, como a Psicologia Organizacional do Trabalho – POT. O conceito de treinamentos em compliance poderia ser estendido não só para verificar a conformidade do programa, mas também como treinamentos de conduta e gestão de conflitos para se evitar a prática do assédio.

Assim como o Direito, a Psicologia Organizacional do Trabalho se utiliza da negociação na prevenção de conflitos nos ambientes organizacionais; logicamente pautada na análise comportamental e em técnicas de abordagem dos conflitos. Por sua vez, o Direito se vale da negociação pautada em critérios objetivos como os conceitos e a legislação vigente.

O desconhecimento ou ausência de técnicas de abordagem em relação ao outro gera uma enorme quantidade de situações de assédio nos ambientes organizacionais. Atrelado a isso, o desconhecimento dos conceitos do que caracteriza assédio e é coibido pela legislação vigente também faz com que se tenha uma enorme quantidade dessas situações nos ambientes organizacionais.

É nessa medida que se entende produtiva a interface de profissionais do direito com profissionais da psicologia organizacional do trabalho para a construção de programas de compliance.

Muitas vezes o conflito gera um resultado muito negativo na dinâmica organizacional em termos de rotatividade e absenteísmo de funcionários. Quando um conflito começa, ele pode crescer em intensidade, tornar-se incontrolável, produzir comportamento agressivo entre as partes em conflito e desencadear uma espiral de consequências imprevisíveis. Esse fenômeno é conhecido como escalada de conflitos. Quando um conflito aumenta em intensidade, pode levar à ruptura do relacionamento. É aqui que entram as práticas de assédio (DÍAZ & BENÍTEZ, 2011).

Enfim, é certo que os conflitos organizacionais estimulam mudanças e aumentam a qualidade das decisões. Mas também é certo que, dependendo das dimensões a que chegam, podem acarretar assédio moral, absenteísmo, alta rotatividade, ineficiência organizacional e prejuízos às carreiras individuais dos trabalhadores.

CONCLUSÃO

O presente artigo tinha por missão demonstrar que o compliance trabalhista ou social pode ser uma ferramenta eficaz de prevenção e combate das práticas de assédio moral nas empresas. Para tanto perfez um apanhado histórico das relações de trabalho no Brasil e no mundo e, entende-se, demonstrou que aqui ainda faltam avanços legislativos e organizacionais nessa seara, comparado ao que há de mais moderno em outros países, a exemplo de Portugal.

Também foi intuito demonstrar que a simples implantação dos programas de integridade nas empresas, tal como concebidos pelo Decreto n. 8.420/2015, não se mostra suficiente a coibir as práticas de assédio moral. O que temos hoje são programas com foco nas denúncias, investigação e punição das práticas de assédio, bem como, a promoção de treinamentos para aqueles que irão investigar e punir tais práticas.

Porém, não se observa de tais programas a previsão de treinamentos para gestores e trabalhadores com fito na prevenção de conflitos ou do assédio propriamente dito.

O presente estudo buscou trazer a ideia de que a construção de um programa de *compliance* por profissionais de diferentes áreas do conhecimento ou da ciência, a exemplo dos profissionais do Direito e da Psicologia Organizacional do Trabalho (POT), poderia contribuir para a obtenção de programas mais completos e eficazes.

REFERÊNCIAS

BARACAT, E. M. & ZAGONEL, M.. **Compliance e Assédio Moral nas Relações de Emprego: Análise do Programa da Companhia**

Paranaense de Energia – COPEL. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br>>. Acesso em 04.08.2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 de set. de 2019.

BRASIL. Decreto Lei nº. 5.452, de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 27.07.2020.

BRASIL. Projeto de Lei nº. 474/2001. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=28692>>. Acesso em 27.07.2020.

BRASIL. Projeto de Lei nº. 167/2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2236732>>. Esse projeto tem como premissa acrescentar à Consolidação das Leis do Trabalho, a obrigação das empresas a proporcionar aos seus empregados a participação em curso sobre prevenção e combate ao assédio moral e ao assédio sexual no ambiente de trabalho. Autor do projeto: Capitão Alberto Neto. Acesso em 28.07.2020.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 17ª. ed. São Paulo: LTr, 2018.

DÍAZ, F. J. M. & BENÍTEZ, M.. **Effective Behaviors to De-escalate Organizational Conflicts in the Process of Escalation.** The Spanish Journal of Psychology, vol. 14, num. 2, 2011, pp. 789-797, Universidad Complutense de Madrid, Espanha.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Curso de direito do trabalho: a relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2008. V. II.

MATHIES, Anaruez. **Assédio Moral e Compliance na relação de emprego. Dos danos e dos custos e instrumentos de prevenção**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 51-54

MAZUCATTO, Isadora Gomes. **Assédio Moral no Ambiente de Trabalho: Compliance como Instrumento de Mitigação de Ocorrências**. Revista Raízes Jurídicas. Curitiba, vol. 9, n. 2, jul./dez. 2017, pl. 173-192

STEPHAN, Cláudia Coutinho. **O princípio constitucional da dignidade e o assédio moral no direito do trabalho em Portugal e Brasil**. São Paulo: LTr, 2013. p. 124.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª. REGIÃO. Tabela disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acoes-trabalhistas-caem-lei-134672017.pdf>. Acesso em 28.07.2020.

DO DANO EXTRAPATRIMONIAL DECORRENTE DA RELAÇÃO DE EMPREGO FRENTE A LEI 13.467/2017

OF THE OFF-BALANCE SHEET DAMAGE RESULTING FROM THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP UNDER LAW 13.467/2017

Rafael de Oliveira Rosa Carneiro¹⁷⁷
Danilo Henrique Nunes¹⁷⁸

RESUMO

O presente trabalho realizado através de revisão bibliográfica teve o objetivo de estudar os impactos da nova Lei na disciplina da responsabilidade extrapatrimonial, buscando conceitos para temas tais como o dano moral e responsabilidade civil. O objetivo do trabalho foi apontar os problemas e desafios atuais a respeito da reparação do dano extrapatrimonial no Brasil e entender acerca da quantificação das indenizações deste tipo de dano. Concluiu-se que qualquer limitação acerca da indenização a um valor monetário que não importe restauração integral do dano sofrido acarreta a destruição da função precípua da responsabilidade civil, qual seja a reparação ou compensação do dano sofrido.

Palavras chave: Direito do Trabalho, Dano Extrapatrimonial, Reforma Trabalhista.

177 Graduando em Direito pelo Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos. E-mail: rafael_oliveira1967@hotmail.com. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7259047185757339>.

178 Doutorando e Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto/SP, Unaerp.. Professor, jornalista e advogado. E-mail: dhnunes@hotmail.com. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3286458334196996>.

ABSTRACT

The present work realized through bibliographic review had the objective of studying the impacts of the new Law in the discipline of off-balance sheet liability, looking for concepts for themes such as moral damage and civil liability. The objective of the work was to point out the current problems and challenges regarding the repair of off-balance-sheet damage in Brazil and to understand about the quantification of the indemnities for this type of damage. It was concluded that any limitation on the indemnity to a monetary value that does not imply full restoration of the damage suffered entails the destruction of the main function of civil liability, whatever is the repair or compensation of the damage suffered.

Keywords: Labor Law, Off-balance-sheet Damage, Labor Reform.

INTRODUÇÃO

A lei 13.467 aprovada em 13/07/2017 trouxe uma série de alterações à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e outras leis trabalhistas tais como: Lei 6.019/74, 8.036/90, 8.212/91 com a finalidade de adaptar a legislação às novas relações de trabalho.

Nesta esteira, buscou-se disciplinar os fenômenos recentes como o Teletrabalho, bem como realinhar questões como o trabalho intermitente, trabalho da mulher e o novo sistema sindical brasileiro.

Nesse sentido, um dos pontos da Reforma é o novo título II-A inserido na CLT com a pretensão de disciplinar o Dano Extrapatrimonial na esfera trabalhista, sendo observados os casos em que a vítima é o trabalhador no exercício de suas atribuições.

Tem-se como objetivo principal a verificação de eficácia da aplicação desta lei no Dano Extrapatrimonial, bem como os métodos utilizados para a tarifação considerando suas tipificações. Em relação ao tema ora abordado, teremos como fontes: livros, dissertações,

artigos científicos, pesquisas, monografias, teses, boletins, jornais, revistas e também outros meios de comunicação: rádio, filmes e televisão. Também obteremos materiais em base de dados como Scielo, Google Acadêmico, entre outros.

1 O DANO MORAL, DANO EXTRAPATRIMONIAL E A LEI 13.467/2017

Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2008) leciona que o dano moral é aquele que atinge diretamente o ofendido, não seu patrimônio, sendo, portanto, lesão que integra os direitos de personalidade, como a honra, dignidade, intimidade, imagem e bom nome, atingindo o disposto nos art. 1º, III e 5º, V e X da CRFB/88, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima.

Portanto, considera-se que o dano moral está vinculado à dor, angústia, sofrimento e tristeza. Nesse sentido, o dano moral, é aquele resultante de lesões que ofendem a honra subjetiva ou objetiva do ser humano, por isso, é considerado uma espécie de dano extrapatrimonial, principalmente na seara trabalhista existem vários tipos de casos de assédio moral.

Assim, o dano moral é um abalo na estrutura emocional do indivíduo, ou mesmo na forma como a sociedade enxerga essa pessoa. Consequentemente, nos diferentes níveis de gravidade, pode gerar uma série de prejuízos, inclusive financeiros, para o agredido.

Nas palavras de Theodoro Junior (2007):

De maneira mais ampla, pode-se afirmar que são danos morais os ocorridos na esfera da subjetividade, ou no plano valorativo da pessoa na sociedade, alcançando os aspectos mais íntimos da personalidade humana (“o da intimidade e da consideração pessoal”), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (“o da reputação ou o da consideração social”).

Ressalte-se, ainda, que os aspectos psicológicos estão diretamente ligados com a saúde quando um abalo muito forte pode comprometer a saúde mental de uma pessoa, demandando tratamentos médicos e, portanto, gerando de alguma forma um prejuízo financeiro.

1.1 Distinção entre dano moral e dano material

É necessário que se faça uma distinção entre os danos moral e material. No dano material há uma perda patrimonial e, comprovados os danos, há que se ressarcir a perda, recompondo o patrimônio do ofendido; no dano moral, é portanto extrapatrimonial, imaterial, sendo problemática a questão da determinação do valor indenizatório, por se tratar indeterminável pecuniariamente.

A utilização da expressão dano moral é discutida por parte da doutrina. Isto porque, conforme o entendimento de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2004), ela não é tecnicamente adequada para qualificar todas as formas de prejuízo não fixável pecuniariamente. Para estes doutrinadores, assim como para alguns outros como Sergio Cavalieri, seria mais adequado utilizar a expressão dano imaterial ou ainda dano extrapatrimonial.

Acerca deste tema, a principal dificuldade na atualidade não está configurada em sua mera conceituação, ou na eventualidade de sua reparação, a dificuldade real encontra-se na fixação do valor indenizatório. Este assunto será melhor esclarecido no decorrer deste trabalho.

1.2 Das provas para configuração dos danos

A doutrina e a jurisprudência nos orientam que para a configuração do dano extrapatrimonial não há necessidade de prova.

Nesse sentido, Stoco (2007) leciona que “a causação de dano moral independe de prova, ou melhor, comprovada a ofensa moral o direito a indenização desta decorre, sendo dela presumido”.

Conclui-se então que a obrigação de reparar é consequência da verificação do evento danoso, sendo, portanto, dispensável a prova do prejuízo.

2 O DANO EXTRAPATRIMONIAL E A LEI 13.467/2017

A compreensão de cunho subjetivo de dano extrapatrimonial pode ser encontrada na doutrina de quem primeiro tratou sobre o assunto, como Antônio Casemiro da Silva (2003), um dos pioneiros e principais defensores da admissão da reparação dos danos morais no Brasil.

Definia-os o autor a partir da dualidade entre patrimônio material e patrimônio imaterial, como “lesões ao sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico.”

Assim disposto na Constituição acerca do dano moral (dano extrapatrimonial), o legislador introduziu por meio da Lei 13.467/2017 os artigos 223-A a 223-G na Consolidação das Leis do Trabalho para disciplinar a reparação do dano extrapatrimonial, ficando estabelecido que estes danos não são apenas decorrentes, não somente da relação emprego, mas também da relação de trabalho, será disciplinada apenas por estes dispositivos sinalizando com isto que

outros dispositivos constantes de outros diplomas legais não podem ser aqui aplicados.

O dano moral ou extrapatrimonial é aquele que afeta o cidadão como ser humano dotado de dignidade, como leciona Maria Helena Diniz (2005) conceituando que "o dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo".

Maria Celina Bodin de Moraes (2003) defende que "seriam danos morais, assim, quaisquer lesões à pessoa, à dignidade humana e a direitos da personalidade".

Em concordância com os conceitos expostos, o dano moral, é aquele que além de dor e sofrimento psicológico, causa as ofensas aos direitos de personalidade. Soma-se a estes conceitos, os danos estéticos, danos psíquicos, danos biológicos, danos à imagem, uso indevido do nome, danos à intimidade ou privacidade, direito ao esquecimento, danos existenciais e danos à esfera sexual, por exemplo. Portanto, o dano moral e sua reparação sempre foram temas muito debatidos no plano doutrinário.

Os arts. 159 e 1.518 do Código Civil de 1916 reconheceram a existência do dano moral, bem como o direito do ofendido ser indenizado. Já o código Civil vigente de 2002 versa sobre o assunto nos art. 186 a 188 e no art. 942.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 é observado pela primeira vez o instituto do dano moral, no inciso V e X, do art. 5º, sendo assegurado o direito de resposta de forma proporcional ao agravo e indenização por dano material, moral ou à imagem, sendo previsto também como invioláveis a imagem das pessoas, sendo assegurado a elas o direito de indenização decorrente de sua violação.

O inciso “X” expressa o termo “pessoas”, o que se pode deduzir que o vocábulo é aceitável tanto às pessoas físicas como jurídicas. Observa-se que a maioria dos doutrinadores e a jurisprudência dos nossos tribunais tem reconhecido que a pessoa jurídica também sofre dano moral, pois é detentora de interesse imaterial, embora seja insensível à dor.

Tanto o empregador, como o empregado podem sofrer dano moral, nota-se que o trabalhador pode sofrer dano moral através de fatos como a divulgação de fatos lesivos à sua honra e boa fama no meio social. Principalmente nos fatos se verificam no interior da empresa, configura-se a hipótese de que trata a alínea “e”, do art. 483 da CLT, que dá lugar ao desfazimento do vínculo empregatício com pagamento de indenização prevista no art. 478 consolidado ou na Lei do FGTS, conforme o caso. Em qualquer caso de dano moral vinculado à relação de emprego, cabe à Justiça do Trabalho conhecer e julgar a respectiva ação.

O legislador ordinário introduziu por meio da Lei n. 13.467/2017, os artigos 223-A a 223-G, na CLT, para disciplinar a reparação do dano extrapatrimonial.

Esclarecendo a reparação desses danos de natureza extrapatrimonial decorrentes, não somente da relação de emprego, mas também da relação de trabalho, como previsto no art. 223-B, onde o dano de natureza extrapatrimonial, sendo por ação ou omissão que possa ofender a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, são titulares exclusivas do direito de reparação do dano.

Portanto, esclarecemos que o dano moral é a manifestação do dano extrapatrimonial, isto é, aquele que não está vinculado ao patrimônio material da pessoa. É também manifestação do dano extrapatrimonial o denominado dano existencial.

Entende-se que dano é o resultado de um ato ilícito, consubstanciado na redução ou subtração de um bem jurídico o qual, no dizer de Bevilacqua (1929), é o bem ou vantagem sobre que o sujeito exerce o poder conferido pela ordem jurídica, podendo ser objeto do direito os modos de ser da própria pessoa na vida social (liberdade, existência, honra, etc.); as ações humanas; assim como as coisas corpóreas, incluindo-se entre estas últimas os produtos da inteligência.

3 DAS ESPÉCIES DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS

3.1 Do dano extrapatrimonial existencial

O dano existencial consiste no resultado de qualquer dano que ocasione prejuízo à qualidade de vida da vítima, acarretando mudanças no modo de vida, nas relações, entre outros projetos de vida, de modo negativo, seja permanente ou temporariamente.

Alvarenga e Boucinhas Filho, conceituam:

No que se refere aos elementos do dano existencial apresentam-se o projeto de vida e a vida de relações. O primeiro consiste em um plano que uma pessoa decide executar na vida, já o segundo consiste nos diversos prazeres propiciados pelas variadas formas de atividades recreativas e extra laborativas, como a prática de esportes e o turismo. Em suma, o dano à vida de relação impede ou prejudica o seu relacionamento social e profissional, e com terceiros de modo geral. (ALVARENGA; BOUCINHAS FILHO, 2013).

Portanto, denota-se que o dano existencial impacta diretamente nas relações interpessoais e no modo de vida da vítima e suas atividades, tanto cotidianas quanto laborais.

3.2 Dano estético

Os danos estéticos são aqueles que perfazem uma ofensa à aparência física da vítima, levando em consideração aspectos pessoais da vítima, como o estilo de vida, profissão, idade e sexo, como ensina Alvarenga e Boucinhas Filho:

Para um lutador de boxe, uma cicatriz em sua face ou outro local de menor destaque, não será considerado dano estético, e muito menos consequência para dano moral. Pelo contrário, irá engrandecer sua fama e marcar sua profissão. Já na vida de uma modelo, tal cicatriz irá não somente prejudicar sua vida profissional como fatalmente gerar lhe um dano moral (dependo da causa do dano), como também um dano psíquico de grande intensidade. (ALVARENGA; BOUCINHAS FILHO, 2013).

Nesse sentido, o dano estético leva em consideração o impacto causado de acordo com o estilo de vida e profissão da vítima, consistindo também na deterioração estética que cause estranheza à terceiros.

3.3 Dano morte

O dano morte é aquele prejuízo sofrido diretamente pela vítima e o dano por ricochete é o sofrido por terceiros, sendo parentes ou não, em decorrência da morte da vítima (ALVARENGA; BOUCINHAS FILHO, 2013).

Os danos decorrentes da morte são mais fáceis de serem vislumbrados em relação aos herdeiros do falecido, pois estes sofrem diretamente com a perda de um ente querido. Tal sofrimento por si só é grandioso e muitas vezes o falecido deixa dependentes financeiros,

que irão ser ainda mais prejudicados com a morte daquele indivíduo.

Podemos exemplificar com o caso da pessoa que morre por decorrência de ato ilícito, neste caso suficiente para constituir um dever de indenização autônomo, diferente do dever de indenização por ricochete, que é devido às pessoas atingidas pela morte daquele indivíduo, conforme abaixo explicitado:

O dano morte, apesar de ser um dano próprio, pela particularidade da vítima não mais existir, poderá ser demandado por terceiro, pois, se o dano morte estabelece o dever de indenizar, logo, essa indenização irá se incorporar ao patrimônio da vítima e, por sucessão, poderá ser demandado por seus herdeiros. Existe também a possibilidade de cumulação objetiva, podendo o dano morte ser demandado pelo sucessor da vítima, que também poderá demandar conjuntamente o dano sofrido por ricochete, que é o da dor do terceiro em consequência da morte da vítima. (REIS, 2008).

Conclui-se, portanto, que o dano morte não atinge a vítima diretamente, mas sim terceiros que tinham relações com esse, justificando o dever de indenização devido aos prejuízos em detrimento da morte causada.

4 DANO EXTRAPATRIMONIAL E PESSOA JURÍDICA

Gediel (1996, p. 57-58) esclarece que as pessoas jurídicas, na condição de sujeitos de direito dotados de personalidade jurídica, também são titulares de direitos da personalidade, com exceção dos direitos que não lhe são cabíveis em razão da sua natureza jurídica. A superação da posição restritiva à reparabilidade dos danos extrapatrimoniais, em relação às pessoas jurídicas, só se apresenta possível a partir do reconhecimento que, para a ordem jurídica, pessoas são todos os entes dotados de personalidade jurídica, não

apenas os seres humanos, e que a personalidade jurídica se reveste de elementos comuns, embora não absolutamente coincidentes às pessoas naturais e jurídicas.

No artigo 223-D evidencia-se o reconhecimento de que a pessoa jurídica também pode ser afetada pelo dano extrapatrimonial, porém, de forma tão somente objetiva, já que por se constituir uma abstração, a empresa não possui espírito. Dessa forma, recairá sobre a pessoa do empregado ou de terceiros, que por ação ou omissão, culpa ou dolo, cometer ato ilícito e lesar a imagem ou reputação da empresa ou empregador no mercado em que opera.

A reforma trabalhista nada inova pois o art. 52 do Código Civil já possui tal previsão, aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.

Por tudo isto, conclui-se que a pessoa jurídica também possui proteção aos direitos da personalidade, como por exemplo a sua imagem, podendo então ter direitos a reparação.

Neste sentido, temos o entendimento do STJ, na súmula 227: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

Não são ações comuns a tramitar, porém bens como imagem, marca, nome, segredo profissional e o sigilo da correspondência, uma vez violados ensejarão a reparação por dano extrapatrimonial.

5 O DANO EXTRAPATRIMONIAL AO TRABALHADOR

Na Justiça do Trabalho é bastante comum lides com pedidos de reparação por danos extrapatrimoniais gerados por uma relação abusiva entre empregado e empregador.

Podemos observar abaixo através de Recurso no Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE

CIVIL DO EMPREGADOR. DANOS MORAIS CAUSADOS AO EMPREGADO. CARACTERIZAÇÃO. ASSÉDIO MORAL VERTICAL DESCENDENTE. [...]. No caso, a moldura fática delineada no acórdão regional revela a existência de conduta reiterada na empresa em submeter o empregado a tratamento vexatório e humilhante, em razão da cobrança excessiva para o cumprimento de metas impossíveis. Conforme registrado pelo TRT, a testemunha patronal confirmou que havia cobrança por metas impossíveis, o que gerava, inclusive ansiedade. Relatou, inclusive, consequências negativas para o empregado que não as cumprisse. Definitivamente, constitui clara conduta assediadora e ofensiva à personalidade e aos direitos fundamentais assegurados ao autor. O que está em jogo é o menosprezo, o descaso com a condição humana. Submeter o empregado a vexame, ainda que restrito ao ambiente de trabalho, mostra comportamento típico de assédio moral, perfeitamente indenizável. É dano moral direto, na medida em que atinge em cheio os valores imateriais componentes do patrimônio humano e que, por isso mesmo, deve merecer a mais veemente repulsa do Judiciário. O assédio moral se caracteriza pela exposição dos trabalhadores a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções, oriundas de condutas abusivas atentatórias à dignidade psíquica do indivíduo. Na mesma linha do que afirmou o acórdão regional, o tratamento dispensado no intuito de humilhar e constranger o reclamante, praticado por superior hierárquico (assédio moral vertical descendente), torna o ato ainda mais grave, especialmente porque revela abuso do poder diretivo. Assim, não há que ser relativizado o comportamento habitual do superior hierárquico e, menos ainda, visto como normal às organizações empresariais ou a detentores de cargos de confiança. Para ser líder não é necessário desprezar a condição humana dos seus liderados. Evidenciado o dano, assim como a conduta culposa do empregador e o nexo causal entre ambos,

deve ser mantido o acórdão regional que condenou o reclamado a indenizá-lo. Recurso de revista de que não se conhece. [...] (TST. Recurso de Revista n.0000204-86.2013.5.15.0150. Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão. Publicado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 17/11/2017, p. 2616).

Resende (2014) dita que o assédio moral se caracteriza por uma perseguição insistente em relação a um empregado ou a um grupo deles, geralmente com o objetivo de provocar pedido de demissão. Apesar de não ser comum, também existe o assédio vertical ascendente, praticado por um empregado ou como ocorre na maioria das vezes por um grupo deles em relação ao chefe.

Nesse sentido, também há a questão do assédio sexual no local de trabalho que enseja dano extrapatrimonial à vítima, gerando danos morais, como insinuações feitas à mulher no ambiente de trabalho, seguidas de chantagem e insistência para fins sexuais, causando constrangimento, dor e vergonha, a impor indenização por dano moral (GONÇALVES, 2009).

Consoante aos casos de danos existenciais é importante citar o que nos diz Alvarenga e Boucinhas Filho:

O dano existencial no Direito do Trabalho, também chamado de dano à existência do trabalhador, decorre da conduta patronal que impossibilita o empregado de se relacionar e de conviver em sociedade por meio de atividades recreativas, afetivas, espirituais, culturais, esportivas, sociais e de descanso, que lhe trarão bem-estar físico e psíquico e, por consequência, felicidade; ou que o impede de executar, de prosseguir ou mesmo de recomeçar os seus projetos de vida, que serão, por sua vez, responsáveis pelo seu crescimento ou realização profissional, social e pessoal. (ALVARENGA; BOUCINHAS FILHO, 2013, p. 240-261).

Sobre a gravidade das lesões sobre o trabalhador, são bem definidas nos ensinamentos de Gonçalves (2009), retratando que o empregador deve responder pelo dano moral causado ao empregado, devido a honra e imagem ser invioláveis, como previsto no art. 5º, X da CRFB/88.

Importa inserir sobre os arts. 5º, incisos V, X, XII da CRFB/88 que nos trazem sobre o dever de respeito aos direitos de personalidade das pessoas, aplicável a todos os âmbitos do direito brasileiro e o art. 7º, XXVIII da CRFB/88 que ao estabelecer os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais assegura o princípio da reparação integral contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

6 DA REPARABILIDADE DO DANO EXTRAPATRIMONIAL E A LEI 13.467/2017

Para determinar o valor da indenização por dano moral deve-se considerar a gravidade do dano e a dimensão dos prejuízos sofridos, a capacidade patrimonial dos ofensores, o princípio da razoabilidade e o caráter pedagógico da medida, conforme art. 5º, V e X da CRFB/88 e arts. 12, 186, 187 e 944 do Código Civil.

A reparação do dano moral será efetuada com base na doutrina e da jurisprudência, devendo o magistrado, considerar, todos os detalhes e aspectos, do lesante e do lesado, para fazer a análise do caso concreto à norma legal. Há também outros critérios que devem ser avaliados pelo julgador que são elementos de prova colhidos no processo, como a prova documental, testemunhal e pericial.

A junção destes elementos que confirmarão os fatos, o

magistrado deve aplicar o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade para, somente então, quantificar um valor monetário àquela perda sofrida pela vítima.

Embora o Superior Tribunal de Justiça, pela Súmula nº 281 tenha fixado o entendimento no sentido de que: “A indenização por dano moral não está sujeita a tarifação prevista na Lei de Imprensa“, verificamos que o estabelecimento de critérios objetivos, como propostos pela Lei da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017) terá a possibilidade de uma tabelização dos valores da reparação.

Segundo a nova legislação, as indenizações serão calculadas com base no salário do empregado. Quanto maior a gravidade do caso, maior o número de salários a que o profissional terá direito, caso ganhe a ação trabalhista. A reforma cria quatro categorias de ofensas: de natureza leve, sendo até três vezes o último salário do ofendido; média, de até cinco vezes o último salário; grave, podendo ir até vinte vezes o último salário; gravíssima, no limite de até cinquenta vezes o último salário.

A reforma não explica qual tipo de ofensa se encaixa em cada uma dessas quatro categorias sendo atribuído aos juízes decidir, após o esclarecimento do que deve ser considerado dano extrapatrimonial. Trata-se de ofender a esfera moral ou existencial da pessoa, incluindo sua honra, imagem, intimidade, liberdade de ação, autoestima, sexualidade, saúde, lazer e integridade.

Portanto, o juiz deverá analisar o caso levando em consideração critérios como a intensidade do sofrimento ou da humilhação da vítima; a possibilidade de superação física ou psicológica; os reflexos pessoais e sociais; a extensão e a duração dos efeitos da ofensa; as condições em que ocorreu tal ofensa; o grau de culpa do acusado; a situação social e econômica das partes envolvidas e o grau de publicidade da ofensa, entre outros.

6.1 A Responsabilidade

No artigo 223-E está expresso que são responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão.

Verifica-se que a responsabilidade pode ser solidária ou subsidiária, com base no princípio da razoabilidade e proporcionalidade, indicando que o partilhamento da indenização seja feito de forma equitativa entre os corresponsáveis pela lesão, tendo como exemplo, o empregado que tenha se consorciado com outro empregado será responsabilizado pelo grau de sua atuação.

Esta disposição também está inserida no Art. 942 do Código Civil de 2002, o qual aduz que os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito alheio, ficam sujeitos à reparação do dano causado, respondendo de forma solidária caso tiver mais de um autor. Portanto, todos aqueles que sejam responsáveis pela ocorrência do dano, seja ele moral ou material, serão obrigados a indenizar.

Convém conhecermos também o art. 932, inciso III do Código Civil, o qual possui positivado que o empregador ou comitente é responsável por reparação civil por seus empregados, serviçais e prepostos, enquanto em exercício do trabalho ou em razão dele.

Diante da possibilidade de reparação do dano extrapatrimonial, tem-se dois modelos que são utilizados: o Sistema Aberto e o Sistema Tarifário.

Esses modelos são utilizados para a quantificação em moeda de um dano que não é material.

Gonçalves nos orienta que:

O problema da quantificação do dano moral tem preocupado o mundo jurídico, em virtude da proliferação de demandas, sem que existam parâmetros seguros para a sua estimação. Enquanto o

ressarcimento do dano material procura colocar a vítima no estado anterior, recompondo o patrimônio afetado mediante a aplicação da fórmula “danos emergentes-lucro cessantes”, a reparação do dano moral objetiva apenas uma compensação, um consolo, sem mensurar a dor. Em todas as demandas que envolvem danos morais, o juiz defronta com o mesmo problema: a perplexidade ante a inexistência de critérios uniformes e definidos para arbitrar um valor adequado. (GONÇALVES, 2009).

Nesse sentido, o dano extrapatrimonial possui problemas quanto a objetificação e estimação da indenização em razão da dor sofrida pela vítima, não possuindo critérios específicos para que seja definido um valor acordante com o dano sofrido.

6.2 Cumulações de Indenizações

A reforma trabalhista permitiu a cumulação do dano moral com dano material, fato este já consagrado pela jurisprudência, não apenas do TST e demais tribunais e também o STJ.

O STJ possui súmulas cumulando dano moral com dano material, o que já era aplicado na jurisprudência trabalhista e até mesmo a cumulação de indenizações por danos estético e moral, a Súmula 37 do STJ diz que são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato, como no REsp 10536 RJ:

CIVIL. CIRURGIA ESTETICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. INDENIZAÇÃO. DANO MATERIAL E DANO MORAL. CONTRATADA A REALIZAÇÃO DE CIRURGIA ESTETICA EMBELEZADORA, O CIRURGIÃO ASSUME OBRIGAÇÃO DE RESULTADO, SENDO OBRIGADO A INDENIZAR PELO NÃO CUMPRIMENTO DA MESMA OBRIGAÇÃO,

TANTO PELO DANO MATERIAL QUANTO PELO MORAL, DECORRENTE DE DEFORMIDADE ESTETICA, SALVO PROVA DE FORÇA MAIOR OU CASO FORTUITO. (STJ - REsp: 10536 RJ 1991/0008177-9, Relator: Ministro DIAS TRINDADE, Data de Julgamento: 21/06/1991, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 19.08.1991 p. 10993 JBCC vol. 194 p. 41 RSTJ vol. 33 p. 555 SJADCOAS vol. 101 p. 31, DJ 19.08.1991 p. 10993 JBCC vol. 194 p. 41 RSTJ vol. 33 p. 555 SJADCOAS vol. 101 p. 31)

Portanto, a jurisprudência já vinha reconhecendo o pagamento do dano moral, dano material e dano estético, ou seja, três espécies de danos que possuem origens distintas.

Estes danos podem ser cumulativos entre si, também cumulados com danos morais, portanto a reforma trouxe de modo bem amplificativo o que já era aplicado na jurisprudência.

6.3 A indenização por sistema tarifário

A indenização por sistema tarifário é aquela que possui valor pré-determinado. Conforme nos dita *Ciro Kumode (2002)*: “O sistema tarifário admite que o valor da indenização se encontra predeterminado. Cabe ao Magistrado aplicá-lo ao caso concreto, atentando para os limites fixados em lei, considerando as peculiaridades de cada situação.”

Este modelo pressupõe que a prefixação dos valores das indenizações diminuiria as inseguranças e subjetivismos, levando a resultados diversos e reduzindo o poderio concebido aos juízes.

Neste sentido, *Antônio Jeová Santos* explica:

Portanto, é neste sentido que em nome dos princípios mais elevados emanados da Constituição Federal de 1988, entre eles a isonomia, a segurança jurídica, bem

como a previsibilidade das decisões judiciais, de modo a evitar decisões colidentes, conflitantes ou contraditórias consideramos de bom alvitre estabelecer critérios, de modo a parametrizar os valores das reparações por dano extrapatrimonial, mas sempre deixando ao livre arbítrio do magistrado, para que, dentro de seu juízo de ponderação, fixe a justa e devida indenização ao caso concreto que se lhe apresente. (SANTOS, 2003).

Observando a Constituição Federal de 1988, percebe-se que este sistema de tarifação fere o princípio da reparação integral, como previsto no art. 5º, V e X e art. 7º, XXVIII, ambos da CRFB/88, assim como o princípio da igualdade previsto no art. 5º, I da CRFB/88, além de outros artigos constitucionais.

Conclui-se que os critérios impostos não motivam o desenvolvimento social, assim, não se devem criar critérios objetivos, minimizando a manifestação do magistrado, quando o bem lesionado é imaterial.

Critica-se também a possibilidade da premeditação, nos termos dos arts. 186 e 187 do Código Civil, sendo que o autor poderá premeditar a questão e ter a intenção clara de beneficiar-se diante do conhecimento prévio do valor indenizatório.

Neste sentido menciona Gonçalves:

Não tem aplicação, em nosso país, o critério da tarifação, pelo qual o quantum das indenizações é prefixado. O inconveniente desse critério é que conhecendo antecipadamente o valor a ser pago, as pessoas podem avaliar as consequências da prática do ato ilícito e confrontá-las com as vantagens que, em contrapartida, poderão obter, como no caso do dano à imagem, e concluir que vale a pena, no caso, infringir a lei. (GONÇALVES, 2009).

Mensurar valores para indenizar os danos trazidos por uma

morte, uma humilhação ou outro tipo de dano extrapatrimonial é sem dúvida muito complicado. Portanto, conclui-se então que estabelecer critérios inibe a manifestação do juiz podendo gerar injustiças e conflitos sociais.

Diante disso, foi eliminado pela Constituição Federal de 1988 a possibilidade de tarifação dos danos extrapatrimoniais, porém a Reforma Trabalhista trouxe novamente a questão sobre a estipulação de limites aos danos extrapatrimoniais.

6.4 Crítica aos artigos inexatos inseridos pela Lei n. 13.467/2017

O art. 223-A da CLT, o qual expõe sobre a reparação de danos que possuem natureza extrapatrimonial que proveem da relação de trabalho e suas disposições, inaugura a inconstitucionalidade do tema pois pretende ser superior a própria Constituição.

Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado observam:

[...] O art. 223-A menciona que à matéria enfocada no referido Título II-A [...] aplicam-se “apenas os dispositivos deste Título”. Mas a interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica do preceito legal demonstra, às escâncaras, que há um conjunto normativo geral mais forte, superior, dado pela Constituição de 1988 e pelas normas internacionais de direitos humanos vigorantes no Brasil, que incide, sem dúvida, na regulamentação da matéria abrangida por esse título especial agora componente da Consolidação. Ademais, havendo alguma necessidade de integração jurídica, incidem, sim, as regras sobre indenizações por dano moral insculpidas no Código Civil Brasileiro e em outros diplomas normativos da República, respeitada a compatibilidade de tais regras externas com os princípios e a lógica jurídica estrutural da Consolidação das Leis do Trabalho [...]. A propósito o próprio art. 223-F, caput e §§1º e 2º, se refere à indenização por

dano material, sem fornecer qualquer critério para a sua avaliação e seu cômputo – circunstância que demonstra óbvia lacuna normativa, tornando essencial a integração jurídica com respeito às regras do Código Civil de 2002. (DELGADO; DELGADO, 2017).

Nota-se a inconstitucionalidade já que a CRFB/88 aborda o tema, classificando os direitos de personalidade no rol de direitos que são cláusulas pétreas na Constituição de 1988, com no art. 5º da CRFB/88, em seus incisos V, X e XII, os quais asseguram o princípio da reparação integral dos danos materiais e extrapatrimoniais, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, assegurada a indenização cabível e o sigilo de dados, correspondências e comunicações.

Também é importante citar o art. 7º, XXVIII, da CRFB/88 que garante o direito ao trabalhador “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”.

Seguindo temos as disposições do Art.223-B, o qual aduz sobre o dano de natureza extrapatrimonial em virtude de ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa, física ou jurídica, sendo essas titulares exclusivas do direito de reparação.

Sobre esse artigo, Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado lecionam:

Como parâmetro geral, o preceito é evidentemente válido. Porém, conforme se conhece da diversidade das situações socio jurídicas existentes no mundo do trabalho, há pretensões que podem, sim, ser de titularidade de pessoas físicas ligadas afetiva, econômica e/ou juridicamente à pessoa humana afrontada, tal como pode ocorrer com a(o) esposa(o) ou a (o) companheira(o) e os filhos da vítima de danos extrapatrimoniais. Na hipótese do evento morte da vítima, tais pretensões são manifestas e, em princípio,

garantidas, abstratamente, pela ordem jurídica (embora, é claro, na prática, fiquem na dependência das indenizações previstas no Direito). (DELGADO; DELGADO, 2017).

Existe polêmica em torno da possibilidade de ter sido excluído a indenização pelo dano morte quando estipula a exclusividade do direito à reparação ao ofendido.

O art. 5º, XXX da CRFB/88 assegura o direito fundamental à herança, já que o art. 12 do Código Civil que assegura a legitimidade dos sucessores para requerer a indenização decorrente dos danos extrapatrimoniais sofridos pelo *de cujus*.

Nahas, Pereira e Miziara assim consideram:

[...] é preciso deixar claro que esse disposto não se refere às situações nas quais se pleiteia indenização por danos próprios sofridos pelos parentes mais próximos (os chamados danos em ricochete). Esses são decorrentes do sofrimento causado, por exemplo, à viúva e aos filhos em virtude de morte do empregado por acidente de trabalho ou doença ocupacional. [...] também não impede que o espólio postule a reparação pelos danos experimentados pelo próprio empregado falecido durante a contratualidade. Ou seja, o disposto não tem o condão de obstar [...] a reparação do dano sofrido pelo espólio. [...]. Portanto, interpretação *contrário sensu* provocará, por certo, violação ao art. 5º, inc. XXX, da CRFB/1988, que consagra o direito fundamental a herança. (NAHAS; PEREIRA; MIZIARA, 2017).

O Art. 223-C possui como objeto normativo a honra, imagem, intimidade, liberdade de ação, autoestima, sexualidade, saúde, lazer e integridade da pessoa física são os bens juridicamente tutelados para esses.

Tem-se como questionamento nesse artigo, conforme Homero

Batista Mateus da Silva (2017), a taxatividade do rol previsto no art. 223-C, o qual não previu assuntos de extrema importância como a dispensa de pessoas em idade avançada e assuntos ligados à nacionalidade do empregado. Sendo assim, a melhor interpretação do artigo é considera-lo como rol exemplificativo, no intuito de afastar a pena de vulneração do princípio da restituição integral.

O art. 223-G encerra este novo título da CLT, assim como também é o mais criticado, visto que há uma espécie de dosimetria da indenização, como nos incisos I a XII do *caput*, há 12 (doze) critérios que o juiz deve levar em consideração ao estabelecer as indenizações dos danos extrapatrimoniais. Por isso, ao estabelecer a sentença, o juiz deverá fundamentar de forma analítica cada um dos critérios do artigo, sob pena de omissão, podendo a sentença ser nula caso não o fizer (NAHAS; PEREIRA; MIZIARA, 2017).

A tarifação das indenizações foi manifestada neste artigo sendo baseada em um critério que fere diretamente o princípio da igualdade, como se o valor do dano moral dos menos favorecidos financeiramente possuísse menor valor.

Barba Filho (2017, p.187-193) critica a todo o conteúdo deste artigo, afirmando que os direitos fundamentais possuem pretensão de universalidade, e, como tais, devem ser tutelados para todos os seres humanos pelo simples fato de serem seres humanos, sendo irrelevante, para fins de valoração da indenização por dano extrapatrimonial, a situação socioeconômica do ofendido.

O referido autor também expõe que a tarifação é segundo a gravidade da ofensa. É a típica solução que, na prática, cria mais dificuldades do que resolve. Portanto, não existe como definir em caráter objetivo, se nem mesmo a lei faz essa tentativa. Apenas utiliza-se das expressões de lesão de natureza leve, média, grave e gravíssima, sem defini-las.

6.5 A indenização por sistema aberto

Este é o modelo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, pós Constituição Cidadã de 1988, que se trata de um modelo sem valores predefinidos, a quantificação do valor da indenização por danos morais parte de critérios subjetivos, cabe ao juiz a fixação de tais valores respeitando os princípios como a razoabilidade e a proporcionalidade. Leva-se em consideração os detalhes do caso concreto, também as condições econômicas da vítima e do agressor, garantindo a equidade.

Ciro Kumode (2002) neste sentido, leciona que no sistema aberto, o juiz possui a atribuição de estabelecer o valor a ser indenizado com base em critérios subjetivos que correspondam com a satisfação da parte que sofreu o dano. Nesse sentido, o juiz irá avaliar a extensão do dano e como esse foi repercutido na sociedade, levando também em consideração a situação econômica do ofensor e da vítima e sua dor sofrida.

6.6 O critério bifásico

Em julgamentos como o Recurso Especial (REsp) n. 1152541/RS, o STJ adotou um método bifásico na quantificação do dano moral. Diante disso, tal teoria é defendida pelo Ministro do STJ Paulo de Tarso Sanseverino que assim a explica:

Na primeira fase, arbitra-se o valor básico ou inicial da indenização, considerando-se o interesse jurídico lesado, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos). Assegura-se, com isso, uma exigência da justiça comutativa que é uma razoável igualdade de tratamento para casos semelhantes, assim como que situações distintas sejam tratadas desigualmente na medida em

que se diferenciam. Na segunda fase, procede-se à fixação definitiva da indenização, ajustando-se o seu montante às peculiaridades do caso com base nas suas circunstâncias. Partindo-se, assim, da indenização básica, eleva-se ou reduz-se esse valor de acordo com as circunstâncias particulares do caso (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes) até se alcançar o montante definitivo. Procede-se, assim, a um arbitramento efetivamente equitativo (*sic*), que respeita as peculiaridades do caso.

O autor não critica os critérios consolidados pelo STJ, a natureza, a gravidade e a extensão do dano; grau de culpa e a intensidade do dolo; culpa concorrente da vítima; capacidade econômica do ofensor; condições pessoais da vítima; função de punição e desestímulo; proporcionalidade e razoabilidade. Pelo contrário, a teoria desenvolvida tem o objetivo de somar com tais parâmetros. (BATISTA, 2014, p. 143-170).

6.7 O princípio da investidura fática

Este princípio é tido como a melhor forma de se obter o valor da indenização sendo defendido por vários autores, pois leva o jurista a se colocar no lugar da vítima e após estabelecer um valor que garanta a reparação integral do dano.

O autor Dellagravi Neto esclarece:

Como se vê, o julgador deve seguir algumas diretivas oriundas da ordem jurídica, tendo como norte a lógica do razoável. Não há dúvida que o melhor critério para arbitrar o dano moral é aquele em que o magistrado coloca-se no lugar da vítima, supondo que o acidente de trabalho tenha ocorrido com ele próprio ou, se isso não for possível (diante de circunstâncias relativas ao sexo e à idade da vítima), o julgador deve imaginar que

o acidente tenha se dado com alguém muito próximo como, por exemplo, o seu pai, filho ou cônjuge. Somente assim, aplicando-se o princípio da investidura fática, é que o valor arbitrado chegará próximo a de um “valor justo e razoável”. (DELLAGRAVI NETO, 2017).

Diante disso, conforme José Filho (2014), observa-se que este princípio serviria ao da reparação integral como instrumento de sua concretização, visto que o princípio da investidura reflete da melhor forma possível a metodologia valorativa balizadora para a fundamentação do juiz, com o objetivo de promover decisão com base na perspectiva psicológica da vítima, colocando-se no lugar dessa na tentativa de mensurar o valor da indenização devida, com o intuito de restabelecer a parte que sofreu dano ao “*status quo*” ao estabelecer a responsabilidade do ofensor e a reparação do dano que deve ser realizada.

Nesse sentido, para o autor citado, a reparação deverá respeitar a condição do empregado, assegurando um patamar mínimo civilizatório. Para isso, o juiz, poderá colocar-se na posição de jurisdicionado para atribuir eficácia social ao comando sentencial, em prol do Estado Democrático e Social de Direito.

Porém, nota-se que este princípio pode quebrar a imparcialidade do julgador, pelo fato de julgar se colocando no lugar do outro, a solução poderá ser tendenciosa.

CONCLUSÃO

O dano moral representa uma violação à dignidade da pessoa humana, cabendo ao Poder Judiciário assegurar os fins trazidos pela Reforma, para lhe dar o devido alcance e para evitar a retirada de

direitos conquistados e contendo a insegurança jurídica da qual enfrenta-se neste momento de transição pela Reforma Trabalhista. A sociedade é a principal interessada no processo produtivo, onde trabalhador e empresário ou empregador visto como privilegiados ou prejudicados pela Lei nº13.467/2017, lei da reforma trabalhista.

Neste trabalho tratou-se sobre o Dano Moral e seus principais conceitos, analisou-se o Dano Extrapatrimonial, o dano moral e existencial na Consolidação das Leis Trabalhistas e também sobre a reparabilidade do Dano Extrapatrimonial, finalizando com posicionamento de algumas jurisprudências acerca do assunto, tendo como objetivo apontar os problemas e desafios atuais a respeito da reparação do dano extrapatrimonial no Brasil e entender acerca da quantificação das indenizações deste tipo de dano.

Concluiu-se que, o sistema tarifário, limita a indenização a um valor monetário não abrangendo a restauração integral do dano sofrido, isto é, não respeita os princípios da proporcionalidade e razoabilidade e, assim acarreta a destruição da função precípua da responsabilidade civil, qual seja a reparação ou compensação do dano causado.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, R. Z. de; BOUCINHAS FILHO, J. C. **O dano existencial e o direito do trabalho**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, SP, v. 79, n. 2, p. 240-261, 2013.

BATISTA, Francisco Diego Moreira. **Crítérios para Fixação dos Danos Extrapatrimoniais**. Revista de Direito, Universidade Federal de Viçosa, v. 6, n. 1, p. 143-170, março de 2014. Disponível em: <<http://www.seer.ufv.br/seer/revdireito/index.php/RevistaDireito-UFV/article/view/56/23>>. Acesso em: 30 de ago. 2020.

BARBA FILHO, Roberto Dala. **A inconstitucionalidade da tarifação da indenização por dano extrapatrimonial no Direito do Trabalho**. Revista Eletrônica: Reforma Trabalhista III, Paraná, Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, v.7, n. 63, p. 187-193, nov./2017.Disponível em:

<<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=63&edicao=10505>

>. Acesso em: 30 de ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**.Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm)

[2018/2017/lei/L13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm)>. Acesso em: 30 de ago. 2020.

_____. **Código Civil de 1916, Lei n. 3.071 de 01 de janeiro de 1916**.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>.

Acesso em: 30 de ago. 2020.

_____. **Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso

em: 30 de ago. 2020.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

Acesso em: 30 de ago. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n. 13.467/2017.São Paulo: LTr, 2017.

DELLAGRAVI NETO, José Affonso. Elementos da Responsabilidade Civil nos acidentes de trabalho. **Revista TST**. Brasília, Tribunal Superior do Trabalho, V.76, n. 1, pp. 99-125, jan.-mar./2017. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/13699/004>>. Acesso em: 30 de ago. 2020.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

GEDIEL, José Antônio Peres. A quantificação da reparação por dano moral e a pessoa jurídica: uma questão aberta na jurisprudência e na doutrina brasileiras. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**. Curitiba, v. 5, n. 5. p. 56-70, dez. 1996. p. 57-58.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

JOSÉ FILHO, Wagson Lindolfo. **Princípio da Investidura Fática**. Artigo de publicação online, publicado em: 14 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://www.magistradotrabalhista.com.br/2014/10/principio-da-investidura-fatica.html>>. Acesso em: 30 de ago. 2020.

KUMODE, Ciro. **A quantificação do dano moral**. 2002. 67p. Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba-PR, 2002. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/44877/M115.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 30 de ago. 2020.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NAHAS, Thereza; PEREIRA, Leone; MIZIARA, Raphael. **CLT comparada urgente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

RESENDE, Ricardo. Direito do trabalho esquematizado. 4º ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4. ed. rev, ampl. e atual. De acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Antônio Casemiro da. A Fixação do Quantum Indenizatório nas Ações por Danos Morais. in BUCCI, Mário César (Org.). **Estudos de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Ícone, 2003.

SILVA, Homero Batista Mateus da. Comentários à Reforma Trabalhista – Análise da Lei 13.467/2017 – Artigo por Artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

STJ. REsp: 10536 RJ 1991/0008177-9, Relator: Ministro Dias Trindade, Data de Julgamento: 21/06/1991, T3 -TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/08/1991. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/593239/recurso-especial-resp-10536>>. Acesso em: 30 de ago. 2020.

STJ. REsp: 1152541 RS 2009/0157076-0, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Data de Julgamento: 13/09/2011, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/09/2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21078871/recurso-especial-resp-1152541-rs-2009-0157076-0-stj/inteiro-teor->

21078872>. Acesso em: 30 de ago. 2020.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 7 ed. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TST. **Recurso de Revista n. 0000204-86.2013.5.15.0150**. Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão. Publicado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 17/11/2017, p. 2616. Disponível em: <<https://dejt.jt.jus.br/dejt/f/n/diariocon>>. Acesso em: 30 de ago. 2020.

A DISPENSA DISCRIMINATÓRIA POR CONTRAÇÃO DO VÍRUS COVID-19 DURANTE A PANDEMIA

THE DISCRIMINATORY RESIGNATION DUE TO THE INFECTION OF THE VIRUS COVIDE-19 DURING THE PANDEMIC

*Andrey Rossi Oliveira*¹⁷⁹

*Gabriel de Oliveira Coelho Santana*¹⁸⁰

*Cláudio Jannotti da Rocha*¹⁸¹

RESUMO

O presente trabalho possui por escopo analisar a possibilidade de se configurar a dispensa discriminatória em relação àqueles que contraem COVID-19, haja vista as grandes repercussões sociais e jurídicas com a qual convivem aqueles que foram infectados por tal vírus. Além disso, serão analisadas as repercussões legais que esse

¹⁷⁹ Graduando em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro do Grupo de Pesquisa Trabalho, Seguridade Social e Processo: diálogos e críticas (UFES-CNPq). E-mail: andreyro98@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1826953500799196>.

¹⁸⁰ Graduando em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro do Grupo de Pesquisa Trabalho, Seguridade Social e Processo: diálogos e críticas (UFES-CNPq). E-mail: gabriel97coelho@gmail.com. Lattes:<http://lattes.cnpq.br/4633941291889144>.

¹⁸¹ Professor Adjunto do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pós-Doutorando em Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Doutor e Mestre em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS). Coordenador do Grupo de Pesquisa Trabalho, Seguridade Social e Processo: diálogos e críticas (UFES-CNPq). Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2379-2488>.

tipo de dispensa enseja na vida do trabalhador, investigando-se, especialmente, a possibilidade de se aplicar analogicamente a Súmula 443, TST, a qual estabelece a presunção de dispensa discriminatória para o empregado portador de doença grave que gere estigma ou preconceito, bem como o direito desse ser reintegrado ao posto de trabalho.

Palavras-chave: COVID-19. Dispensa Discriminatória. Estigma. Súmula 443. Preconceito.

ABSTRACT

This work seeks to analyze if there is some possibility of considering the resignation of those who were infected by COVID-19 as discriminatory, given the great social and legal repercussions with which those have to deal. Furthermore, the legal repercussions that this kind of resignation generates for the infected will be analyzed, investigating, especially, the possibility of analogously applying the Precedent 443, TST, which establishes the presumption of discriminatory dismissal for employees with serious illness that generates stigma or prejudice, as well as the right to be reinstated to the job.

Keywords: COVID-19. Discriminatory Resignation. Precedent 433. Prejudice. Stigma.

INTRODUÇÃO

No contexto da pandemia da COVID-19, uma série de alterações foram constatadas no mundo das relações de trabalho, tendo-se verificado que uma série de empregados são dispensados por fatores econômicos das empresas.

Contudo, além da dispensa decorrente de razões econômicas e pessoais, também se nota outra motivação para que esta ocorra no contexto de pandemia: a discriminação em relação àquelas pessoas

que foram contaminadas pela COVID-19.

Aqueles que contraem essa doença, por diversas vezes, passam a ser vistos de forma estigmatizada por parte de seus empregadores e colegas de trabalho, beirando até mesmo um dano ou assédio moral. Não é difícil vislumbrar a situação na qual um empregado vítima da COVID-19 seja dispensado justamente em razão de sua condição de saúde, posto que, para seus empregadores e demais empregados, poderá o obreiro passar a ser visto com uma imagem negativa, pelo preconceito em relação àquele que foi contaminado.

Em vista disso, faz-se necessário nos voltar aos mecanismos atualmente existentes na legislação e jurisprudência pátrias de tutela do direito dos empregados dispensados discriminatoriamente e, assim, verificar se tal proteção se estende aos trabalhadores dispensados por terem contraído o Coronavírus.

Assim, o presente artigo busca responder aos seguintes questionamentos: o empregado infectado pelo COVID-19, caso dispensado, terá qual tipo de proteção por parte do sistema jurídico? Seria possível aplicar a ele a presunção de que sua dispensa foi discriminatória, nos moldes da Súmula 443 do TST? Ademais, haveria a possibilidade, caso configurada a dispensa discriminatória, de pleitear a sua reintegração ao posto de trabalho ou o pagamento de indenização?

Para responder a tais questões, foi utilizada a metodologia qualitativa, com a adoção do método dedutivo, por meio de revisão bibliográfica e jurisprudencial. Ademais, a hipótese a ser analisada é a de que o empregado dispensado em razão de ter contraído o Coronavírus ou devido às sequelas decorrentes da doença poderia pleitear o reconhecimento da discriminação na extinção do contrato de emprego. Desse modo, caso confirmada a natureza discriminatória da dispensa, o trabalhador poderia se valer analogicamente do

entendimento sumulado pelo TST para ser reintegrado no serviço ou receber indenização substitutiva. O presente estudo é resultado de debates realizados no Grupo de Pesquisa “Trabalho, Seguridade Social e Processo: diálogos e críticas (UFES-CNPq)”.

1 DA PROTEÇÃO CONTRA A DISPENSA DISCRIMINATÓRIA

Observa-se que há, no ordenamento jurídico brasileiro, norma e entendimento sumulado que estabelecem uma vedação à dispensa discriminatória, isto é, tratam-se de previsões legislativas e jurisprudenciais que determinam que, mesmo que não haja previsão expressa no sentido de que determinado sujeito possui uma garantia de emprego, concede-se aos empregados, de forma generalizado, a vedação de dispensa por motivos discriminatórios.

Destaca-se que a proteção contra a dispensa discriminatória surgiu no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei 9.029/1995, a qual, no art. 1º, em sua redação atual, veda a prática discriminatória para o acesso ou a manutenção no emprego por diversas razões, elencadas exemplificativamente, sendo possível serem considerados outros motivos além daqueles dispostos no dispositivo legal.

A Súmula nº 443, TST¹⁸², por sua vez, foi um o primeiro entendimento jurisprudencial a dar maior concretude à vedação à dispensa discriminatória. Nesse respeito, na ementa do julgamento do

¹⁸² Súmula 443 - DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

RR-36600-18.2000.5.15.0021 pela 5ª Turma do Tribunal, um dos acórdãos que serviu de precedente à formação do entendimento sumulado em pauta¹⁸³, restou decidido, *in verbis*:

O fato de, no sistema jurídico, não haver texto de lei prevendo a estabilidade de empregado portador do vírus HIV não impede a sua reintegração no serviço, uma vez constatada a dispensa discriminatória, em evidente afronta aos princípios gerais do direito, especialmente no que se refere às garantias constitucionais do direito à vida, ao trabalho, à dignidade da pessoa humana e à igualdade (artigos 1º, III e IV; 3º, IV; 5º, caput e XLI, 7º, I, 170 e 193 da Constituição Federal). (BRASIL, 2005).

Assim, fica claro que a *ratio decidendi* do entendimento sumulado é o mesmo das demais estabilidades, inclusive, estas serviram de *leading case* para o surgimento da Súmula nº 443. Repete-se: os trabalhadores portadores de vírus HIV ou de doença grave que suscitem estigma ou preconceito possuem estabilidade sim, enquanto a doença o acometer, devendo o empregador comprovar que sua dispensa se deu por motivos alienígenas à ela, como disciplinares, técnicos ou econômicos, sob pena de reintegração.

Enquanto que alguns autores entendem que a Súmula nº 443, não destina estabilidade aos empregados portadores do vírus HIV ou de doença grave que suscitem estigma ou preconceito, estes que subscrevem o presente artigo perfilham-se ao entendimento em contrário, no sentido de que o entendimento sumulado direciona uma

¹⁸³ Dentre os precedentes elencados como formadores do entendimento consolidado na Súmula 443, não consta expressamente o julgamento do RR-36600-18.2000.5.15.0021, mas os ERR 36600-18.2000.5.15.0021. Todavia, o mérito do processo, relativo à dispensa discriminatória do reclamante, não foi objeto de análise no recurso de embargos, dado que este não foi conhecido em razão de erros formais.

real estabilidade a estes trabalhadores que somente poderão ser dispensados quando o ato não for discriminatório, mas sim por motivos disciplinar, técnico ou econômico, devidamente comprovados. Esta estabilidade diferencia-se das demais, porquanto estas possuem um prazo e por isso são provisórias, ao passo que aquela perdura enquanto a doença acometer o trabalhador.

A solidificação da vedação à dispensa discriminatória no Brasil tem por embrião a produção da atividade jurisprudencial, especialmente no que diz respeito à Súmula nº 443, TST, como já se afirmou anteriormente, a qual se consubstanciou em precedentes que têm por base diversos dispositivos de ordem constitucional, convencional e infraconstitucional, que possuem vedações à discriminação nas relações de emprego.

Diante da sistemática normativa que busca a todo momento vedar a prática de atos discriminatórios na relação de emprego, observa-se que, por óbvio, a dispensa consubstanciada em razões discriminatórias não pode ser realizada pelo empregador.

No que diz respeito ao que vem a ser considerado como dispensa discriminatória, Fernanda Brandão Cançado aduz que o TST aplicou, nos precedentes que antecederam a Súmula nº 443, o art. 165, CLT, para delimitar tal conceito, sendo que este dispositivo versa sobre a dispensa do empregado membro da CIPA, o qual é dotado de estabilidade provisória, e sobre as hipóteses nas quais sua dispensa seria considerada arbitrária (CANÇADO, 2016).

Salienta-se que o art. 4º da Lei 9.029/1995 também serviu como um dos fundamentos do entendimento jurisprudencial solidificado na Súmula nº 443, visto que, nos incisos do dispositivo, há a previsão de que o empregado dispensado discriminatoriamente poderá optar pela reintegração (embora na redação original do dispositivo se falasse em readmissão) somada ao ressarcimento

integral da remuneração do período de afastamento indevido, ou pela percepção em dobro da remuneração do período de afastamento, ambas as hipóteses acrescidas de juros e correção monetária. Contudo, pela análise dos precedentes que fundamentaram a Súmula 443, Fernanda Brandão Cançado afirma que a opção do TST foi de priorizar a reintegração em detrimento do ressarcimento em dobro da remuneração do período de afastamento (CANÇADO, 2016).

Destaca-se ainda que a Súmula sob análise, ao estabelecer a presunção de que a dispensa do portador de doença grave ou que gere preconceito foi discriminatória, propicia uma inversão do ônus da prova, isto é, o ônus de provar que a dispensa não foi discriminatória, tendo ocorrido em virtude de uma das razões do art. 165, CLT, recai sobre o reclamado. Tal escolha do julgador deu-se a fim de facilitar a tutela de direitos daquele que foi discriminado, sendo que, segundo Luiz Eduardo Gunther, diversos países possuem disposições em sentido parecido e “introduzem regras de procedimento que invertem o ônus da prova para permitir que as vítimas de discriminação afirmem efetivamente seus direitos” (GUNTHER, 2015).

Em outras palavras, a dispensa sofrida pelo empregado portador de do vírus HIV ou de doença grave que suscite estigma ou preconceito possui presunção de discriminatória. Por isso, o ônus probante é exclusivamente do empregador em comprovar que a dispensa não foi discriminatória, sob pena de reintegração do trabalhador dispensado.

Desse modo, resta claro que a Súmula nº 443, TST, teve como finalidade, segundo Hugo Carlos Scheuermann, “afirmar contra a discriminação de trabalhadores portadores do vírus HIV/AIDS e portadores de qualquer doença grave que suscite estigma ou preconceito” (SCHEUERMANN, 2013).

Insta salientar que a Lei nº 9.029/1995 e a Súmula nº 443, TST,

possuem importante papel na concretização de direitos fundamentais, pois o direito à reintegração do empregado discriminatoriamente dispensado é, segundo Bezerra Leite, uma das demonstrações da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no âmbito das relações trabalhistas (LEITE, 2011).

2 ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DA SÚMULA 443, TST

Tendo em vista todas as consequências que podem decorrer da dispensa discriminatória e a sua vedação pelo ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessário delimitar o âmbito de incidência do entendimento jurisprudencial mais importante relativo a tal matéria, isto é, a Súmula nº 443, TST. Desse modo, deve-se definir quando restará configurada doença grave que suscite estigma ou preconceito, o que, para ser feito, necessita de análise comparativa com decisões antigas do TST para se verificar a quais tipos de doença se está aplicando a súmula.

A primeira doença que deve ser analisada para tanto é o HIV, o qual serviu de parâmetro para que o TST editasse a Súmula nº 443, sendo uma das doenças graves que suscita estigma ou preconceito. Essas características são facilmente verificáveis em tal patologia quando se observa o fato de que existe no caso desta, de acordo com Luiz Eduardo Gunther, uma “associação que tradicionalmente se apresenta entre doença e vagabundagem” (GUNTHER, 2015). Desse modo, constata-se que o HIV, marcado por fragilizar gravemente o sistema imunológico de seu portador, faz com que este sofra com fortes estigmas e preconceitos.

Ademais, dois dos precedentes normativos que originaram a Súmula nº 443 trataram de casos em que os reclamantes estavam acometidos por câncer. Nesse respeito, interessante observar que, em

juízo recente do E-RR-470-61.2016.5.09.0562 pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do TST, relativo à discussão quanto à dispensa discriminatória de empregado com câncer de pele, o ministro relator consignou que o câncer é uma doença grave, tanto por seus efeitos diretos quanto pelo tratamento. Além disso, foi apontado na decisão que a sociedade muitas vezes observa o portador de câncer como uma pessoa presumidamente inválida e menos capacitada para o trabalho (BRASIL, 2017).

Destarte, tem-se que a pessoa adoentada não apenas sofre pelos danos físicos ocasionados pela doença, mas também pelo estigma social negativo de pessoa fadada à invalidez ou morte, com capacidade inferior para o exercício do labor, e cuja permanência no emprego importará em inevitáveis afastamentos para tratamento.

Ainda no tocante ao câncer, a 8ª Turma do TST, em entendimento que diverge do pontuado anteriormente, decidiu no julgamento do RR-619-36.2013.5.01.0481 que a enfermidade em questão não se constitui como doença estigmatizante. Destaca-se que o fundamento apresentado na ementa da decisão, onde se afirmou que o que geraria estigma seria a natureza contagiosa da doença ou alguma expressão externa que pudesse causar repulsa ou desconforto, o que, segundo o julgado, não restaria configurado no caso do portador de câncer.

O TST também reconheceu no julgamento do RR-10083-40.2017.5.03.0109 que o portador de transtorno afetivo bipolar, que é uma doença psiquiátrica, encontra-se abarcado pela Súmula 443, pois, em virtude do seu estado de vulnerabilidade, o obreiro encontra-se em situação apta a suscitar sua estigmatização (BRASIL, 2020). Por meio deste entendimento do Tribunal, observa-se que o âmbito de incidência do entendimento sumulado atinge também as doenças que estão ligadas à psique humana.

3 DA PROTEÇÃO DO CONTAMINADO PELA COVID-19 CONTRA A DISPENSA DISCRIMINATÓRIA

Tendo em vista o que se pontuou nos tópicos anteriores sobre as características necessárias para a configuração das enfermidades passíveis de serem enquadradas na regra da Súmula nº 443 do TST, há de se analisar se o empregado acometido por COVID-19 pode pleitear a presunção de reconhecimento da dispensa discriminatória em razão da doença que contraiu.

Em nome do isolamento social, torna-se necessário que sejam proibidas as aglomerações e a circulação de pessoas, tendo em vista que o vírus desta gripe é transmissível principalmente de pessoa para pessoa, podendo a contaminação ocorrer pelo contato pessoal com gotículas de saliva, espirro, tosse, catarro ou até mesmo com o toque ou aperto de mão com a pessoa infectada. A transmissão ocorre também por meio do contato com objetos ou superfícies contaminados, seguido de contato com a boca, nariz ou olhos. Qualquer pessoa que tenha contato próximo (cerca de 1m) com alguém que esteja contaminado com o Coronavírus (COVID-19), ainda que assintomático, está em risco de ser exposta à infecção. A invisibilidade do vírus é tamanha, que, na realidade, a infecção se dá em sua maioria pela transmissão assintomática, conforme comprovado por estudo da Universidade de Columbia (GLOBO, 2020). A transmissão pode ocorrer de forma continuada de pessoa para pessoa (até mesmo quando assintomática), tendo assim um efeito dominó. Por isso, a Europa, os Estados Unidos, o Brasil, o Reino Unido, a China, a Índia, a Rússia, a Austrália e o Canadá fecharam suas fronteiras, terrestres, aéreas e marítimas.

Resta incontestável que a pandemia da COVID-19 trouxe diversas consequências em variados âmbitos da sociedade. Todos os

dias são noticiados que milhões de pessoas já contraíram o vírus em todo o globo, e milhares perderam suas vidas em razão da doença, incluindo no Brasil. Isso, por si só, já bastaria para evidenciar a gravidade da enfermidade, capaz de ceifar a vida do indivíduo infectado. No entanto, mesmo aqueles que se recuperaram têm sofrido as sequelas ocasionadas pela doença.

Sobre o ponto em questão, e tendo em vista que o início da pandemia é relativamente recente, diversas pesquisas realizadas internacionalmente têm buscado compreender as consequências a médio e longo prazo a aqueles que contraíram a COVID-19.

Por exemplo, um artigo científico demonstrou que alguns dos pacientes que tiveram quadros moderados da doença relataram sentir fadiga e falta de ar mesmo após passados meses desde sua recuperação (CARFÌ, BERNABEI, LANDI, et al, 2020). Ainda, em entrevista à BBC News, o pneumologista do Fleury João Salge afirmou que muitos dos pacientes que se recuperam da COVID-19 relatam continuar a sentir cansaço e uma redução de sua produtividade e qualidade de vida. Inclusive, na mesma matéria se afirmou não se saber ao certo por quanto tempo tais sintomas podem persistir (MOTA, 2020).

Além disso, também se constatou que pacientes com casos críticos da doença podem ter sequelas permanentes, decorrentes da doença em si ou do respectivo tratamento, dentre as quais se incluem: sintomas neurológicos; cicatrizes no pulmão (fibrose múltipla) que reduzem a capacidade respiratória; danos sistêmicos no corpo, envolvendo rins, coração, e sistema vascular; e síndrome pós-UTI (MOTA, 2020).

Além das sequelas físicas, Katherine J. Roberto, Andrew F. Johnson e Beth M. Rauhaus afirmam que aquele que contraiu o Coronavírus precisa suportar também o estigma da população, que

pode decorrer do fato desta vê-lo como uma pessoa que descumpre medidas de distanciamento social ou ainda como uma pessoa que não toma as precauções necessárias ao sair de casa (ROBERTO, JOHNSON, RAUHAUS, 2020).

Também há de se reconhecer que nem sempre a discriminação contra o trabalhador adoentado ocorre em razão do afastamento para tratamento da doença, mas pode também se dar em razão das repercussões posteriores ocasionadas pela enfermidade, como a dificuldade para respirar e fadiga, levando à rotulação do obreiro como inferior ou menos capacitado para o trabalho. Demais disso, as sequelas deixadas pela enfermidade poderiam levar o empregado a ter de se afastar do serviço em outras ocasiões para recuperação, o que muito provavelmente poderia dar azo ao empregador para dispensar o empregado.

Desse modo, resta claro que os requisitos constantes na Súmula 443, TST, verificam-se nos portadores da COVID-19. Destarte, caso esses venham a ser dispensados sem justa causa, aplicam-se a eles os benefícios do entendimento jurisprudencial do TST, quais sejam, a presunção de dispensa discriminatória e as consequências legais dispostas no art. 4º da Lei 9.029/95 (reintegração ao serviço e pagamento das verbas do período em que o trabalhador ficou afastado do emprego, ou pagamento em dobro da quantia a que faria jus nesse mesmo período, em ambas as hipóteses com acréscimo de juros e correção), sendo ônus do empregador provar que a dispensa não foi realizada com base em estigma e preconceito.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que a transmissão do Coronavírus dar-se-á de inúmeras maneiras, inclusive e

principalmente de pessoa para pessoa, e por isso é uma doença contagiosa. Com isso, conclui-se que aqueles que contraem a COVID-19 têm que lidar com uma doença grave que possui sintomas que, por vezes, são extremamente agressivos para seu portador, podendo até mesmo deixar sequelas físicas e psíquicas, não se sabendo com exatidão, até o momento, as consequências que aqueles que contraíram o vírus poderão ter que enfrentar para o resto de suas vidas.

Contudo, para além dos danos à saúde, aquele que contrai o vírus também tem que lidar com uma série de consequências sociais da doença. Nesse sentido, uma das piores consequências que o indivíduo pode ter que enfrentar por ter ou ter tido Coronavírus é a possibilidade de ser estigmatizado pela sociedade, que passa a enxergá-lo como alguém diferente e, como se demonstrou, até mesmo como uma pessoa irresponsável em relação às regras de distanciamento social e às medidas necessárias para impedir o contágio pelo vírus.

Desse modo, a partir do momento em que aquele que contraiu o vírus pode ser vítima de estigma e preconceito, pode também, por óbvio, vir a sofrer dispensa discriminatória, que, como se viu, consiste naquela que não se funda no art. 165, CLT.

Diante desse cenário, o Direito do Trabalho surge como um mecanismo para enfrentar a dispensa discriminatória, sendo que uma das principais ferramentas para tanto é a Súmula nº 443, TST. Como já se demonstrou, este entendimento sumulado, que possui como requisitos o fato de o obreiro dispensado ser portador de doença grave e que esta gere estigma ou preconceito, pode ser claramente aplicado àquele que testou positivo para COVID-19.

Assim, o trabalhador infectado pelo COVID-19 atrai para si o estigma, tendo em vista a natureza contagiosa da doença ou de alguma expressão externa que pudesse causar repulsa ou desconforto.

Portanto, a dispensa daquele que contraiu o Coronavírus, quando não realizada por justa causa, é presumidamente discriminatória, tendo o obreiro direito à reintegração e ao ressarcimento dos valores relativos ao período de afastamento indevido. Para reverter a presunção, deve o empregador provar que a dispensa não foi discriminatória.

Neste contexto, defende-se a aplicabilidade analógica da Súmula nº 443 do TST no caso de trabalhador infectado pelo COVID-19, dispensado sem justa causa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão de decisão que deu provimento aos pedidos de reintegração e dano moral por dispensa discriminatória. RR-10083-40.2017.5.03.0109, 2ª Turma. Relatora: Ministra Delaide Miranda Arantes. Data de julgamento: 12 de agosto de 2020, DEJT 21/08/2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.tst.jus.br/#424102e588a55e6188d909b16ea08b86>>. Acesso em: 22 agosto 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão de decisão que deu provimento ao pedido de reconhecimento da dispensa discriminatória do embargante. E-RR-470-61.2016.5.09.0562, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann, Data de julgamento: 13 de junho de 2019, DEJT 28/06/2019. Disponível em: <<https://jurisprudencia.tst.jus.br/#662c3be11d5f2d087d9b0b6588f28141>>. Acesso em: 24 agosto 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão de decisão que deu provimento ao pedido reconhecimento de inexistência de dispensa discriminatória do reclamante. RR-619-36.2013.5.01.0481, 8ª Turma, Relatora: Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de julgamento: 05 de abril de 2017. DEJT

11/04/2017. Disponível em: <<https://jurisprudencia.tst.jus.br/#662c3be11d5f2d087d9b0b6588f28141>>. Acesso em: 24 agosto 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão de decisão que negou provimento ao pedido de reconhecimento de inexistência de dispensa discriminatória do reclamante. RR-36600-18.2000.5.15.0021, 5ª Turma, Relator Ministro Aloysio Correa da Veiga, Data de julgamento: 30 de setembro de 2005. DEJT 24/02/2006. Disponível em: <<https://jurisprudencia.tst.jus.br/#148de6f970e4603302788f00ad23f702>>. Acesso em: 31 agosto 2020.

CANÇADO, Fernanda Brandão. Fundamentos Jurídicos da Súmula 443 do TST e A Sua Aplicação Prática. *Revista Direitos, trabalho e política social*, Cuiabá, v. 2, n. 2, p. 171-191, jan./jun. 2016.

CARFÌ, Angelo; BERNABEI, Roberto; LANDI, Francesco; et al. Persistent Symptoms in Patients After Acute COVID-19. *JAMA*, vol. 324, n. 6, p. 603-605, 09 de julho de 2020. Disponível em: <<https://jamanetwork.com/journals/jama/fullarticle/2768351>>. Acesso em: 25 de agosto de 2020.

D'AQUINO, Lúcia Souza; MUCELIN, Guilherme Antônio Balczarek. Súmula n. 443: uma nova estabilidade? *Revista Direito UFMS*, Campo Grande, v. 2, n. 1, p. 56-78, jul./dez. 2016.

GUNTHER, Luiz Eduardo. O HIV e a AIDS: preconceito, discriminação e estigma no trabalho: aplicação da Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, PR, v. 4, n. 42, p. 46-67, jul. 2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais na Relação de Emprego. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 17, p. 33-45, jan./jun. 2011.

MOTA, Camilla Veras. Coronavírus: A longa lista de possíveis sequelas da covid-19. *BBC News Brasil*, São Paulo, 12 de agosto de 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-53654692>>. Acesso em: 25 de agosto de 2020.

ROBERTO, Katherine J.; JOHNSON, Andrew F.; RAUHAUS, Beth M. Stigmatization and Prejudice During the COVID-19 Pandemic. *Administrative Theory & Praxis*, Curitiba, PR, jul. 2020. DOI: 10.1080/10841806.2020.1782128. Disponível em: <[SCHEUERMANN, Hugo Carlos. A Tutela Antidiscriminatória e a Súmula nº 443 do TST. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 79, n. 2, p. 220-231, abr./jun. 2013.](https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/10841806.2020.1782128?needAccess=true#aHR0cHM6Ly93d3cudGFuZGZvbmxpbmUuY29tL2RvaS9wZGYvMTAuMTA4MC8xMDg0MTgwNi4yMDIwLjE3ODIxMjg/bmVlZEFjY2Vzcz10cnVlQEBAMA==>. Acesso em: 26 de agosto de 2020.</p></div><div data-bbox=)

O GLOBO. *Pessoas sem sintomas são responsáveis por dois terços das infecções de coronavírus*. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/pessoas-sem-sintomas-sao-responsaveis-por-dois-tercos-das-infecoes-de-coronavirus-24307692> . Acesso em 31 de março de 2020.

O ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL E POR COMPETÊNCIA NO TELETRABALHO: DESAFIO À CONCRETIZAÇÃO DO TRABALHO DECENTE

THE ORGANIZATIONAL AND COMPETENCE MORAL HARASSMENT IN TELEWORK: CHALLENGE TO CONCRETIZE DECENT WORK

*Amanda Cristina Silvério*¹⁸⁴

*Daniela Nogueira Corbi*¹⁸⁵

*Jair Aparecido Cardoso*¹⁸⁶

RESUMO

As transformações tecnológicas ocorridas no mundo do trabalho remontam a relevância da tutela ao ambiente laborativo, fator inerente à própria ideia de trabalho decente, preconizada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT). Tal importância é acentuada quando

¹⁸⁴ Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto- FDRP-USP. Servidora pública federal lotada na Procuradoria Federal Seccional em São João da Boa Vista- SP. Membro do grupo de pesquisa (CNPQ) “A transformação do direito do trabalho na sociedade pós-moderna e seus reflexos no mundo do trabalho” da FDRP/USP. E-mail: amandasilverio@usp.br.

¹⁸⁵ Pós-graduanda *lato sensu* em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, FDRP/USP. Advogada. Membro do grupo de pesquisa (CNPQ) “A transformação do direito do trabalho na sociedade pós-moderna e seus reflexos no mundo do trabalho” da FDRP/USP. E-mail: danielancorbiadv@outlook.com.

¹⁸⁶ Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP (FDRP/USP); líder do grupo de pesquisa (CNPQ) “A transformação do direito do trabalho na sociedade pós-moderna e seus reflexos no mundo do trabalho” da FDRP/USP. Doutor em Direito pela Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP; graduado e mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba, UNIMEP. Autor de livros e artigos da área. E-mail: jaircardoso@usp.br.

se trata do ambiente do teletrabalho, já que os instrumentos telemáticos intensificam o desequilíbrio entre as partes do contrato de emprego, ameaçando à dignidade e a salubridade deste espaço virtual. Neste liame, o presente estudo investigará, a partir da abordagem dedutiva, de cunho exploratório, o arcabouço jurídico acerca da proteção do ambiente laboral e da saúde do obreiro, além da regulamentação do teletrabalho na legislação brasileira. No contexto “teletrabalhista” amoldado, serão analisadas duas modalidades de assédio moral no trabalho: organizacional e por competência, ambas recorrentemente utilizadas na busca empresarial pela produtividade irrestrita, especialmente no âmbito telemático. Trata-se de matéria que desafia o direito do trabalho, pois reflete frequentes abusos do poder diretivo do empregador, que, muitas vezes, se utiliza dos meios tecnológicos para exigir metas em níveis degradantes. A violência resultante destas espécies de assédio vertical vilipendia o arcabouço constitucional e convencional vigente, comprometido com o ambiente de trabalho hígido e, sobretudo com a dignidade humana.

Palavras-chave: teletrabalho. assédio moral. dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

The technological changes that have occurred in the world of work go back to the relevance of guardianship to the working environment, a factor inherent in the very idea of decent work, advocated by the International Labor Organization (ILO). Such importance is accentuated when it comes to the teleworking environment, since the telematic instruments intensify the imbalance between the parts of the employment contract, threatening the dignity and wholesomeness of this virtual space. In this link, the present study will investigate, from the deductive approach, of an exploratory nature, the legal framework regarding the protection of the work environment and the health of the worker, in addition to the regulation of telework in Brazilian legislation. In the molded “teleworker” context, two types of

harassment moral in the workplace will be analyzed: organizational and competence, both of which are frequently used in the business search for unrestricted productivity, especially in the telematics sphere. It is a matter that defies labor law, as it reflects frequent abuses of the employers directive power, which uses technological means to demand goals at degrading levels. The violence resulting from these types of vertical harassment vilified the constitutional and conventional framework in force, compromised with a healthy work environment and, above all, with human dignity.

Key words: telework. moral harassment. dignity of the human person.

INTRODUÇÃO

Os avanços tecnológicos têm sido a pauta da vida cotidiana, sobretudo nas últimas décadas. Uma era marcada pelas alterações informáticas e automação (MENDES; COSTA, 1991, p. 345), na globalização informatizada, pautada numa era de avanços mas ao mesmo tempo de incertezas, de flexibilizações e alterações nos mais diversos cenários- uma autêntica consolidação da sociedade de risco prevista pelo sociólogo Ulrich Beck (2010).

A adoção quase indiscriminada do teletrabalho trouxe à baila discussões há tempos veladas no próprio direito do trabalho: a adoção de novas tecnologias, as reconfigurações das prestações laborais, além de abarcar discussões sobre saúde e segurança do trabalhador (MUSSARA; PASQUALETO; LIMA e MARTINEZ, 2020). A promoção de um meio ambiente laboral equilibrado e saudável constitui um dos quesitos imprescindíveis para configuração do próprio conceito de trabalho decente trazido pelo objetivo nº 8 da Agenda 2030 da ONU (OIT, s/d), entendido como “trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humanas, sendo considerado condição fundamental para a

superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável” (OIT, s/d).

A tutela do meio ambiente laboral equilibrado, sobretudo no regime de teletrabalho torna-se pauta essencial para discussão da preservação da saúde mental dos trabalhadores quando estudada sob a ótica do direito à desconexão, ou seja, da necessidade de desconexão para efetiva separação entre tempo de trabalho e tempo de lazer, ao passo que também implica na atenção ao combate de práticas nocivas, a exemplo do assédio moral nas reações laborais acentuadas neste cenário, o qual será objeto da presente análise.

Na era da desvinculação dos espaços físicos pré-determinados, o teletrabalho facilita as exigências feitas pelo empregador, por metas crescentes e irrazoáveis, evidenciando o atual conflito de valores humanos *versus* econômicos acarretado pela tecnologia no ambiente laboral.

Outrossim, cabível ressaltar que os meios telemáticos demarcados na órbita do teletrabalho têm potencialidade para fomentar instrumentos que ampliam o poder diretivo do empregador, tornando-se terra fértil para seus abusos. A partir de tal cenário, o presente estudo também analisará as modalidades de assédio moral organizacional e por competência no teletrabalho. Antecipa-se que ambos os institutos são impulsionados pela busca incessante da produtividade empresarial, usualmente materializada por metas-muitas das quais inatingíveis- preestabelecidas pelo empregador.

Partindo de pesquisa dedutiva, e utilizando-se do método bibliográfico-documental, de modo específico em análise legislativa e doutrinária sobre o assunto, o presente estudo objetiva demonstrar como o assédio moral organizacional e por competência se tornam ferramentas de pressão no âmbito do teletrabalho, bem como apontar

a importância de sua discussão e combate com fins à preservação da saúde mental dos trabalhadores.

1 DIREITO AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO E O TELETRABALHO

Em seu artigo 225 a Constituição Federal dispõe sobre a tutela do meio ambiente equilibrado, o qual também abarca o meio ambiente laboral. O equilíbrio ambiental também perpassa as relações jus-laborais, exigindo que sejam tomadas todas as cautelas afim de assegurar prestação laboral que respeite a vida e a saúde do trabalhador e seus reflexos na vida social. Para tanto, devem ser tomadas medidas a fim de erradicar ou minimizar os riscos de exposição à acidentes, bem como de degradação da saúde- tanto física quanto psíquica- do próprio trabalhador. O zelo pelo saúde e segurança do trabalho demanda esforços e é de responsabilidade tanto do poder público quanto dos empregadores e da coletividade em geral, haja vista o risco social abrangido no próprio conceito.

Sob este aspecto, questões relativas à busca pela promoção da saúde e da segurança dos trabalhadores, e da necessidade de promoção de um ambiente laboral equilibrado têm se tornado item da agenda global das relações laborais. Perpassando convenções editadas pela OIT, a exemplo das Convenções 155, que trata sobre saúde e segurança do trabalho (MUSARRA; PASQUALETO; LIMA e MARTINEZ, 2020), e das Convenções nºs 167 (saúde e segurança na construção), 81 (inspeção do trabalho na indústria e comércio), 148 (contaminação do ar, ruído e vibrações), 161 (serviços de saúde no trabalho), 115 (proteção contra radiações), 127 (peso máximo), 136 (proteção contra os riscos de intoxicação por benzeno), 139(

prevenção e controle de riscos profissionais causados por substâncias ou agentes cancerígenos, dentre outras.

Também a própria normativa nacional sobre relações de trabalho- reunidas na CLT, a exemplo dos artigos 166 (equipamento de proteção individual), 182 (movimentação de equipamentos, manuseio de materiais e de substâncias nocivas) 187 (dispositivos de segurança), 189 (atividades insalubres), 194 (adicional de insalubridade), 197 (advertência sobre existência de materiais ou substâncias nocivos à saúde), art. 393, § 4º, inciso I (transferência da gestante quando as condições laborais não permitam que ela continue laborando na mesma atividade por risco à saúde), art. 405 (vedação ao trabalho de menores de idade em locais perigosos e insalubres).

Por sua vez, as Normas Regulamentadoras (NR's) também dispõem sobre o assunto, a exemplo das NR's números 6 (equipamento de proteção individual), 7 (Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional – PCMSO), 17 (ergonomia), dentre outras- o tema também ganhou destaque pelas recentes alterações trazidas pela reforma trabalhista, sobretudo no que diz respeito às novas questões trazidas pelo diploma, a exemplo da necessidade de saúde e segurança do trabalho em novas modalidades de prestação laboral, a exemplo do teletrabalho, conforme já prelecionava Alves (2007).

O teletrabalho, assim entendido como aquele exercido fora das dependências do empregador, no qual “tem-se a presença obrigatória da tecnologia da comunicação e informação, quer como ferramenta de trabalho, quer como mediadora da distância relacional, ou até como próprio espaço (virtual) de trabalho” (STÜRMER e FINCATO, 2020, p. 344-345), conforme também se infere do artigo 75-B da CLT. De modo específico ao teletrabalho, a Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/17) incluiu na CLT os artigos 75-A a 75-E, trouxe ordens de

dois aspectos: a conceituação de teletrabalho até então controversa pela doutrina, nos termos anteriormente mencionados, estabelecendo a ressalva de que “o comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho” (art. 75-B, parágrafo único).

Em um segundo ponto, a Reforma trouxe as especificações das normas atinentes ao teletrabalho, dispondo sobre os limites e exigências para o seu estabelecimento. Neste sentido, dispôs sobre a necessidade de cláusula expressa no contrato de trabalho sobre as atividades a serem realizadas (art. 75-C), ressaltando a possibilidade de alteração entre regime de teletrabalho e o regime presencial, condicionado ao acordo entre as partes envolvidas e devidamente registrada por aditivo contratual (art. 75- C, §1º). No entanto, o dispositivo, em seu §2º pontuou nitidamente a ressalva da possibilidade do empregador exercer seu poder diretivo, desde que haja um período de transição no mínimo de 15 dias com os devidos registros em aditivo contratual.

Em relação aos equipamentos, bem como à infraestrutura necessária e adequada aos serviços de forma remota, há previsão de que o empregador é responsável pelo seu fornecimento e manutenção, além de haver previsão de possibilidade de “reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito” (art. 75-D), destacando, no entanto, que estas não integram a remuneração do empregado (art. 75-D, parágrafo único).

No que diz respeito à busca pelo equilíbrio do meio ambiente laboral e à prevenção de acidentes e lesões no teletrabalho, dispõe o artigo 75-E que o empregador deverá “[...] instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho”. Há também previsão de que o

empregado assinaria termo de responsabilidade se comprometendo a seguir as instruções a ele repassadas (art. 75-E, parágrafo único). A responsabilidade do empregador entretanto, não foi eximida mesmo este repassando as informações ao empregado, sendo que, de fato, ele ainda é o principal responsável pela averiguação do cumprimento das normas de saúde e segurança estabelecidas (STÜRMER e FINCATO, 2020, p. 352).

Assim, a responsabilidade patronal pela promoção e saúde dos trabalhadores não é mais vista como simples detalhe da prestação jus-laboral, mas como quesito essencial inerente à própria ideia de trabalho decente (OIT, s/d) e imposição essencial para redução de risco, e conseqüentemente, de lesões e agravamento de doenças laborais, as quais excedem os próprios limites da figura do próprio trabalhador, refletindo também na própria ordem social (seguridade social e no SUS, por exemplo), além de trazer reflexos também para a empresa (taxa de acidentes, etc.).

O próprio artigo 157 dispõe sobre a necessidade de saúde e segurança no trabalho, sendo de responsabilidade do empregador a adoção de medidas preventivas seguindo as normas de saúde e segurança do trabalho e recomendações dos órgãos competentes (art. 157, I e II), o que também perpassa a educação para prevenção de riscos (art. 157, II), além de facilitar a fiscalização (art. 157, IV). Sob este aspecto, cabe destacar os ensinamentos de STÜRMER e FINCATO, 2020 (p. 352) ao ponderarem que o

[...] dever de orientação para a higiene, saúde e segurança do/no trabalho, não pode se resumir à elaboração e entrega ao empregado de um manual de boas práticas, genéricas e estáticas. Ao revés, a instrução a que alude o dispositivo deve ser entendida de forma mais abrangente e protetiva à relação, gerando garantias ao empregado e ao empregador. Assim, instruir deve ser compreendido como um conceito

dinâmico e constante, de conteúdo mutante, tanto quanto o ambiente e os métodos de trabalho. Daí concluir-se que, de tempos em tempos, deva o empregador realizar alguma inspeção do ambiente laboral, assim como deva se precaver dos acidentes e doenças laborais decorrentes, prevendo e registrando atitudes necessárias nesse sentido em uma gama ampla de documentos, tais como o Programa de Prevenção de Riscos Ambientais – PPRA e o Programa de Controle Médico e Saúde Ocupacional – PCMSO, entre outros (STÜRMER e FINCATO, 2020, p. 352).

Para além de mobiliários e equipamentos, outra questão a ser trazida à baila, sobretudo no que excede aos limites da saúde do corpo físico, mas que também traz seus reflexos neste diz respeito à saúde mental do trabalhador (FRANCO, DRUCK e SELIGMANN-SILVA, 2010, p. 232).

Cabe destacar que ante aos avanços tecnológicos e à reestruturação organizacional- esta marcada tanto pelas alterações tecnológicas e conseqüente exigência de aperfeiçoamento constante, bem como alterações reiteradas das rotinas e fluxos de trabalho (FRANCO, DRUCK e SELIGMANN-SILVA, 2010, p. 231 e 239)- além de incentivo à uma competição, muitas das vezes maléfica, o estabelecimento de metas que excedem as possibilidades fáticas de serem alcançadas- tudo isso acaba por trazer sérios desgastes à saúde física e mental do trabalhador, de modo que tal “maximização da intensificação do trabalho obriga o trabalhador a romper seu equilíbrio psico-orgânico” (FRANCO, DRUCK e SELIGMANN-SILVA, 2010, p. 239).

A “impaciência institucionalizada” (FRANCO, DRUCK e SELIGMANN-SILVA, 2010, p. 239), marcada pelo “paradigma da rapidez” (SATO, 1991 *apud* FRANCO, DRUCK e SILVA, 2010, p. 239) acabam por afetar o convívio familiar e comunitário, além de

trazer desânimo, cansaço, ansiedade, depressão, bem como esgotamento profissional (Síndrome de Burnout), propensão aos vícios, a exemplo de alcoolismo e uso de drogas, sendo muitas das vezes, gatilho de incentivo ao suicídio (FRANCO, DRUCK e SILVA, 2010, p. 232, 242).

A saúde mental adquire ainda maior relevância quando o assunto é teletrabalho. Não apenas pelo fato de que a utilização de novas tecnologias para a prestação do serviço neste regime muitas das vezes acaba por gerar certo estresse ao trabalhador devido às cobranças constantes, mas também pelo fato de que, uma vez estando conectado e podendo ser requisitado das mais diversas formas (via e-mail, *whatsapp*, redes corporativas online, etc.), muitas das vezes o trabalho acaba por exceder a jornada laboral diária, impedindo que haja, de fato, uma separação entre o tempo de trabalho e o tempo de descanso (APRÍGIO, 2020).

Estudadas na temática de direito à desconexão (FRANCO;DRUCK; SILVA: 2010; LANDI, 2009 e GARCIA, 2016), essas questões refletem não apenas a rapidez da vida cotidiana e às transformações das relações jus-laborais das últimas décadas, como também trazem a necessidade de uma tutela efetiva de tais relações, a fim de se evitar o desgaste- tanto físico- quanto mental dos trabalhadores, bem como a necessidade de se buscar alternativas para combate às ações degradantes que nutrem muitas vezes essas questões, a exemplo do assédio moral que aqui será discutido, sobretudo no cenário pandêmico atualmente vivenciado.

2. O ASSÉDIO MORAL E O TELETRABALHO

Com o movimento pautado no trabalho desenfreado por metas irrazoáveis e flexibilização salarial, a engrenagem do assédio moral é

institucionalizada no contexto do teletrabalho. Tal seara virtual tem potencialidade para se tornar terreno fértil aos abusos do poder de comando do empregador, o qual é hipertrofiado pelos meios telemáticos. Deste modo, a interação à distância entre as partes do contrato de trabalho gera perda de sensibilidade e, por conseguinte, exigências de produtividade acima da produção do homem médio trabalhador.

É neste contexto de pressão que se amoldam o assédio moral organizacional e o assédio moral por competência, os quais serão analisados a seguir e introduzidos no contexto do teletrabalho, após a sistematização do conceito do assédio moral no âmbito trabalhista em sentido amplo.

2.1 O assédio moral no ambiente laboral

O assédio moral é um fenômeno social, estudado cientificamente em tempos atuais, a partir da década de setenta, em decorrência de sua intensificação, diante das transformações no mundo do trabalho. Em síntese, as investigações sobre assédio moral iniciaram na década de 1960, com a análise feita pelo médico Peter-Paul Heinemann, sobre comportamento de crianças em relação a outra, isolada, com a denominação da conduta pela expressão *mobbig*. Em 1976, a prática foi examinada, pioneiramente, ainda que indiretamente, no ambiente do trabalho, pelo psiquiatra americano Carroll Brodsky, cujo enfoque eram as condições estressantes no âmbito laboral. A posteriori, a partir de 1984, o professor Heinz Leymann, considerado precursor na matéria, identificou um tipo de comportamento hostil contra trabalhadores no local do trabalho. No desenvolvimento e ampliação de sua investigação para a região escandinava e países de língua alemã, o autor supracitado guiou-se por

uma preocupação prática: o combate e prevenção do fenômeno, aprofundamento de conhecimento teórico utilizando-se o termo em inglês *mobbing*. (ARAÚJO, 2012).

Ato contínuo, a expressão assédio moral se deve à construção preconizada pela psiquiatra francesa Marie-France Hirigoyen, na década de 1990. No Brasil, a ascensão da temática foi trazida pela tradução da obra da pesquisadora em 2000, além dos estudos da médica brasileira, Margarida Barreto em 2003. (ARAÚJO, 2012)¹⁸⁷.

Conforme os ensinamentos de Marie-France Hirigoyen (2009), o assédio em local de trabalho é manifestado por toda conduta abusiva, evidenciada por comportamentos, palavras, gestos, escritos que possam acarretar dano à personalidade, dignidade ou integridade física ou psíquica do indivíduo, degradando o equilíbrio do ambiente laboral. Trata-se de verdadeira guerra psicológica que nasce de forma branda, a partir da sutileza do cotidiano, mascarada ou invisível, presente em pequenos toques, repetidos ao longo do tempo, podendo se operar de forma não verbal, disseminando violência através de subentendidos. Após a consolidação do controle sobre a vítima, a violência se propaga insidiosamente, diante da persistência dos ataques, acuando a vítima, a qual é colocada em grau de inferioridade, submetida a manobras hostis e degradantes (HIRIGOYEN, 2009).

O instituto é realizado pela prática de condutas abusivas, de viés psicológico, que atentam contra a dignidade psíquica de forma repetitiva e prolongada no tempo, expondo o obreiro a situações constrangedoras e humilhantes, capazes de ofender sua integridade

¹⁸⁷ A pesquisadora efetuou investigação junto a 2072 trabalhadores de 97 empresas dos setores químico, farmacêutico, de plásticos e similares, de portes variados, na região da grande São Paulo. Em seu entender, o assédio moral no trabalho é a exposição de obreiros a situações vexatórias, constrangedoras e humilhantes, de forma repetitiva, ao longo do exercício de sua função, caracterizando atitude desumana, violenta e antiética nas relações trabalhistas (HELOANI, 2004).

psíquica, dignidade, personalidade, deteriorando o equilíbrio do ambiente laboral durante o exercício de suas funções (NASCIMENTO, 2009). Para Maurício Godinho Delgado (2019), o sujeito passivo visa desgastar o equilíbrio emocional da vítima, visando enfraquecimento e diminuição de sua autoestima ou outra forma de desequilíbrio emocional grave.

Rodolfo Pamplona Filho (2006, p. 50), por sua vez, considera o instituto como “conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica do indivíduo, de forma reiterada, tendo por efeito a sensação de exclusão do ambiente e do convívio social.” A partir do terror psicológico, que deve atentar contra a dignidade ou integridade psíquica ou física do trabalhador, o assédio destrói a autoestima da vítima, consolida sua ridicularização, humilhação e sentimento de impotência (DUARTE; SOARES, 2014).

Depreendem-se, portanto, três elementos indispensáveis para a caracterização do assédio moral no trabalho. O primeiro, refere-se ao ato abusivo ou hostil, baseado em ação ou omissão, ofendendo a dignidade do obreiro. Aqui, usualmente há o abuso dos limites do poder diretivo do empregador, que age de forma excessiva e humilhante. O segundo, vincula-se à prática reiterada do ilícito, portanto exige-se a insistência do assediador, não se concebendo assédio em ato isolado ou esporádico, mas sim a partir da prática sistemática. Finalmente, o terceiro aspecto engloba o uso desmedido do poder diretivo, materializado por condutas que extrapolam os poderes de chefia, visando atingir o trabalhador em sua esfera pessoal (SILVA NETO, 2012)¹⁸⁸.

¹⁸⁸ As classificações doutrinárias não são uníssonas. Robson Zanetti (2008) traz elementos do assédio moral laboral, além do ato abusivo e sua repetição no tempo, acrescenta: a) frequência do ato abusivo, enaltecendo os estudos quantitativos de Heiz Laymman, que concluiu que as vítimas de assédio sofriam práticas abusivas ao menos

No âmbito laboral, o assédio moral pode decorrer do empregador, preposto, gerente, outro empregado, grupo de trabalhadores, que, por motivos variados ou até mesmo sem motivo aparente, almejam determinado integrante ou integrantes. (SILVA NETO, 2012). Neste liame, é possível vislumbrar três modalidades basilares de assédio moral no trabalho: o vertical, o horizontal e o misto. Em síntese, o assédio a) vertical é o praticado entre sujeitos de diferentes níveis hierárquicos, e pode ser subdividido em: ascendente (quando o indivíduo de função hierárquica inferior assedia o indivíduo de hierarquia superior) ou descendente (o alvo é o indivíduo de hierarquia inferior); b) horizontal, praticado entre sujeitos de mesmo nível, sem subordinação hierárquica entre si; c) misto, exige presença de, ao menos, três sujeitos: o assediador vertical, o assediador horizontal e a vítima. Aqui, diz-se que o assediado é atingido por todos os lados, caso em que se torna insustentável em tempo reduzido. (PAMPLONA FILHO, 2006).

2.2 O assédio moral organizacional e por competência e o teletrabalho

Em relação às espécies de assédio moral no trabalho, Manoel Jorge e Silva Neto (2012) destaca o assédio moral organizacional e por competência como modalidades atinentes à obtenção de produtividade irrestrita, as quais são objeto deste estudo.

uma vez por semana.; b) intenção e objetivo do assediador; c) comprovação do dano à saúde do obreiro. Neste último caso, a divergência de entendimentos é mais destacada, já que há autores que afirmam que o dano psíquico é consequência natural do assédio moral, e não sua condição, portanto, os danos são elementos da responsabilidade civil decorrente da conduta abusadora. (PAMPLONA FILHO, 2006).

O assédio moral organizacional reflete um processo no qual a violência encontra-se nas estruturas e nas políticas organizacionais ou gerenciais da empresa. (SOBOLL, 2015). Gerencia-se o trabalho visando à produtividade e controle organizacional, porém, de forma abusiva. Algumas práticas do instituto são observadas na gestão por interesse, pela injúria, medo, exposição constrangedora de resultados não satisfatórios, premiações negativas, ameaças, cobranças exacerbadas (SOBOLL, 2015).

Nesta modalidade, o abuso é generalizado, o cerne do adoecimento é a própria organização. Inicialmente, ele parece promover o engajamento dos trabalhadores, os quais são demandados a buscar produtividades crescentes. Porém, a médio e longo prazo o efeito é inverso, pois os indivíduos sucumbem diante de tamanha pressão, esgotando os obreiros, resultando queda da produtividade e da eficiência, ou seja, o oposto de seu escopo (BORGES, 2015 apud MEDEIROS; GOMES, 2016).

O assédio moral organizacional visa a sujeição de um grupo de obreiros às agressivas políticas mercantilistas empresariais, especialmente pelo estabelecimento de metas. (ALVARENGA, 2012). Trata-se, portanto, de gestão empresarial, voltada para a motivação e engajamento dos trabalhadores, os quais se submetem a situações degradantes a fim de atingir maiores níveis de produtividade. A conduta da empresa passa a ser comissiva, já que se utiliza do requisito empregatício da subordinação para assegurar cumprimento de metas irrealistas e adesão a normas organizacionais através do uso de práticas de humilhação, pressões estressantes, constrangimentos.

A estipulação de metas desproporcionais são exemplos mais típicos de tal gestão, impondo um processo contínuo de aperfeiçoamento e produção. Com vistas à obtenção do máximo

engajamento do trabalho, se agregam elementos ilícitos, com domínio excessivo do tempo, restrição aos intervalos, brincadeiras injuriosas e exposições vexatórias e humilhantes daqueles que não alcançam as metas propostas. Nota-se que a mera exigência de produtividade não demarca o assédio moral organizacional. Este ocorre quando há exigência sem referência à proporcionalidade, que baliza o reconhecimento da prática assediante (SILVA NETO, 2012).

A partir de tal violência, na busca por rendimentos irrazoáveis, a organização ignora as problemáticas causadas à saúde dos seus trabalhadores, colocando-os em risco, o que reflete, por conseguinte, em seu desempenho profissional.

O ilícito supracitado visa à manutenção de lucros em detrimento da dignidade humana do empregado, e, no âmbito do teletrabalho, as ferramentas do assediador se multiplicam, podendo se dar através de gravações em mídias eletrônicas, *e-mails*, programas ou sistemas da própria empresa e até mesmo via contatos pessoais do obreiro, como o *whatsapp*, e outras redes sociais.

Observa-se que na organização telemática, os riscos de tal modalidade de abuso se acentuam, já que o teletrabalho pode trazer desvantagens de ordem psicossociais, com riscos à privacidade do trabalhador; intensificação do tempo de trabalho e redução do tempo de descanso; dispersão e queda da produtividade; isolamento social do obreiro; desconforto diante da indivisibilidade entre trabalho e descanso ou convívio social e familiar e demandas por produtividade crescente (NUNES, 2018).

Há, ademais, casos em que o empregador se nega a efetivar o controle de jornada do teletrabalhador, já que o empregador não está obrigado legalmente a efetivá-las, pois o empregado no regime de teletrabalho não está abrangido pelo Capítulo II (Duração do trabalho) da CLT, nos moldes do art. 62, III. Tal circunstância abre margem

para jornadas extremamente longas e degradantes, ou até mesmo para o trabalho sem fim, já que a conexão do obreiro independe do tempo e lugar. Aqui, se mostra essencial o amparo à desconexão, ou seja, o direito do trabalhador de permanecer desconectado de seu polo patronal, alheio a exigências de serviços em períodos de repouso, tendo em vista a usual e insistentes interferências do empregador nesses lapsos temporais pelos meios telemáticos. (OLIVEIRA, 2010).

Ao contrário do que a norma celetista estabelece, é inegável que os meios tecnológicos são capazes de monitorar a jornada laboral do trabalhador, fixando seus limites, afim de amparar, sobretudo, a saúde do empregado. A capacidade tecnológica é tão nítida que a monitoração tem potencialidade, inclusive, para “teleassediado” o obreiro.

O “teleassédio” ou assédio moral eletrônico pode ser considerado como forma de praticar o assédio moral organizacional, conforme bem elucidado pelo julgado da 8ª Vara do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 18ª Região, cujo trecho da sentença aduz:

Ainda se observa outra modalidade de assédio moral ou, na visão de muitos doutrinadores, outra forma de se praticar o assédio moral organizacional, ou seja, observa-se a figura do teleassédio moral ou assédio moral eletrônico, figura esta peculiar que é engendrada por meio de controles por “softwares” de computador, se fiscalizando não somente a realização das tarefas e da produtividade, mas toda e qualquer atitude durante o expediente do empregado, sua conduta, inclusive o tempo necessário para “respirar”. É a típica relação gratificação-sanção. Ou seja, enquanto o empregado

cumpra as metas é elogiado; a partir do momento que não as cumpre é repreendido. Essa modalidade é visível no caso em apreço quando se observa do teor dos “e-mails” endereçados à reclamante em que se observa que, quando cumpriu a meta de não usufruir de mais de 06 minutos de intervalo do tipo P2 recebeu elogios, enquanto quando não as cumpriu recebeu como repreensão os “e-mails” juntados com a exordial. (TRT, 2013).

No caso em apreço, o abuso engendrado por meio de controles de *softwares*, fiscalização de tarefas, produtividade, englobando todas as atitudes da empregada durante sua jornada exalta a relação gratificação-sanção da organização. Ou seja, enquanto o empregado cumpre suas metas é elogiado, porém, quando não as atingem, é repreendido de forma humilhante e vexatória. (TRT, 2013).

Tal circunstância também ficou conhecida no processo ajuizado no TRT da 3ª Região, conhecido como caso da “ilha sem papel”. O julgado abordou o assédio moral por meios eletrônicos, realizado por meio de um programa da empresa denominado de “ilha sem papel”, criado para realizar o controle de metas e produtividade dos seus empregados a partir do envio de relatórios de hora em hora aos funcionários. Quando cumpridas as metas, os trabalhadores recebiam mensagens com elogios, do contrário, recebiam mensagens ofensivas, eram frequentemente chamados de “perdedores da ilha”, “burros”, “incompetentes”, “fracassados” (TRT, 2012).¹⁸⁹

¹⁸⁹ Acrescenta-se trecho da decisão do desembargador relator Heriberto de Castro: “Sobressai assim, por todo o exposto, a culpa patronal capaz de ensejar reparação indenizatória, pois, no meio ambiente do trabalho, o maior bem jurídico a ser tutelado é a saúde, a segurança e o bem-estar psicológico do trabalhador, que devem ser mantidos a salvo, tanto quanto possível, de quaisquer condições de risco.”

Destarte, o uso de instrumentos telemáticos para o alcance de maior produtividade deve ser limitado pelos princípios e regras tutelares da dignidade da pessoa humana, valorização do trabalho e emprego, segurança, bem estar e saúde do trabalhador. (DELGADO, 2015). A tecnologia deve, portanto, se amoldar ao patamar mínimo civilizatório dos direitos do trabalhador, fundado na prevenção do dano de sua saúde. (NUNES, 2018).

Dentro do contexto da busca incessante pela produtividade às custas da saúde dos trabalhadores, outra modalidade de assédio pode ser visualizada: o assédio moral por competência, cujo estudo ainda é recente, porém, merecedor de contínua atenção em razão de sua gravidade. Para Manoel Jorge e Silva Neto (2012, p. 125) “de todas as modalidades, o assédio por competência é, de longe, o pior deles”.

Com efeito, o assédio moral pode vulnerar a identidade biopsíquica do indivíduo, reduzindo sua autoestima e, por outro lado, pode ser encontrado quando se impõe carga de trabalho superior para o trabalhador, ofendendo sua saúde física e mental.

No assédio moral por competência, o abuso encontra-se mascarado por um falso reconhecimento do empregador em face das qualidades do empregado (SILVA NETO, 2012). A partir desse falacioso reconhecimento, se inicia o processo de degradação da saúde do obreiro, já que lhe são impostas margens de produtividade cada vez mais excessivas, sem qualquer contrapartida (SILVA NETO, 2012).

Nesta espécie de abuso, é patente a desproporcionalidade entre trabalhadores de mesma função, pois o assediado é expressivamente

(TRT 3 - RO 01260-2011-143-03-00-3 –11ª Turma - Rel. Desembargador Heriberto de Castro. Data de Publicação: 31/10/2012). Considerou-se, portanto, vexatória e humilhante a situação sofrida pela reclamante, ocorrida várias vezes ao longo da jornada e durante todo o pacto laboral, o que se enquadra como assédio moral, instituto que exige conduta abusiva, reiterada ou sistemática, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa.

mais exigido, em razão de sua competência, responsabilidade ou desempenho, em detrimento de trabalhadores de idêntica situação funcional.

Este tipo de abuso resulta em desequilíbrio entre volume de trabalho maior exigido a determinado empregado (em face de sua competência, dedicação, comprometimento, responsabilidade) e o volume de trabalho inferior exigido de outros trabalhadores com idêntica situação funcional e salarial. É flagrante o cunho personalíssimo do assédio por competência. Em suma:

Assim, conceitua-se como assédio por competência o comportamento ilícito por meio do qual se exige maior produtividade de trabalhador em razão de sua especial competência, habilidade e compromisso técnico-profissional, sem que lhe seja destinada remuneração e/ou benefícios contratuais distintos dos demais trabalhadores e que sejam proporcionais à desigual exigência. (SILVA NETO, 2012, p. 126-127).

Nota-se que não se pode confundir tal circunstância com mera pretensão de equiparação salarial, nos moldes celetistas, pois, no caso da vítima de assédio por competência, não há necessidade de cumprimento dos requisitos legais de equiparação, mas apenas a comprovação de que se submete a volume de trabalho ou responsabilidades distintas dos demais obreiros, sem que lhe seja destinada contraprestação ou outro benefício que, efetivamente, compense o tratamento não uniforme (SILVA NETO, 2012). Aqui, o amparo é a partir da igualdade formal, ditada pelo axioma do tratamento desigual aos desiguais, devendo o empregado ser reparado pela prática do ato ilícito.

A violência ora analisada encontra maiores desafios no contexto do teletrabalho, já que o empregado permanece isolado, sem contato com seus colegas, dificultando a percepção do tratamento

desigual direcionado a ele. Desse modo, o teletrabalho pode, inclusive, mascarar a prática do assédio por competência, impulsionando o assediador a exigir tarefas crescentes e ilimitadas ao empregado falsamente reconhecido, sem que este consiga, ao menos, pleitear uma compensação ou contraprestação pelo seu maior esforço e produtividade.

Ademais, com o sentimento de competitividade entre os empregados, resultante das exigências de metas desproporcionais e a qualquer custo, o tema do assédio ganha mais realce. Isto, pois o cenário competitivo se mostra tentador às práticas do assediador, já que ele tem plena consciência do sentimento de competição e medo do desemprego dos trabalhadores, os quais permanecem, não raramente, passivos e silentes diante do abuso sofrido.

Desponta em tal “telecenário” a “síndrome do caxias”, o *bullying* sofrido pelo empregado organizado, capacitado e inteligente. Nas palavras dos magistrados Janete Aparecida Deste e Fábio Luiz Pacheco:

“O melhor burro é o que carrega mais peso”; “o prego que se destaca ganha martelada”. Pensamentos assim são caracterizadores de uma espécie de assédio moral, qual seja, por competência ou por produtividade. Esta modalidade de assédio moral caracteriza-se pela exigência de maior produtividade e/ou de atribuição de tarefas mais complexas aos trabalhadores mais competentes, habilidosos e inteligentes (DESTE; PACHECO, 2020).

Ambas as espécies de assédio moral ora estudadas, quais sejam: organizacional e por competência, estão atreladas pela exigência de maior produtividade, porém, não se confundem. A primeira é dirigida a todo corpo funcional da organização, indistintamente, eis que se trata de modelo organizacional, já a

segunda é de ordem personalíssima, se direciona a determinado trabalhador, que é demandado, a partir do falso reconhecimento de seu mérito, já que não obtém qualquer contraprestação que faz jus.

Nos dois cenários de abuso, principalmente quando se refere ao teletrabalho, é imperiosa a necessidade da razoabilidade na exigência de tarefas por parte do empregado. O ideal capitalista desenfreado, calcado nas exigências de produtividade desproporcionais não pode vilipendiar as tutelas trabalhistas, sobretudo as constitucionais, comprometidas com a dignidade e a saúde do obreiro.

A despeito da inexistência de legislação federal específica sobre o assédio moral, a sistemática brasileira vigente, sobretudo a constitucional, é suficiente para embasar a responsabilização do empregador em face de tais ilícitos. Neste liame, ressalta-se que a Constituição Federal assegura como fundamentos da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito, dentre outros, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art. 1º, CRFB).

A Carta de 1988 também prevê a valorização do trabalho humano como fundamental para a ordem econômica do país, visando à existência digna em conformidade com a justiça social e os princípios gerais do meio ambiente (art. 170, CRFB). Outrossim, a norma constitucional estatui como direitos de todo o trabalhador a redução dos riscos inerentes ao trabalho (art. 7º, XXII CRFB), o meio ambiente laboral seguro, sadio, livre de malefícios causadores de danos à sua saúde física e psíquica, sob pena de responsabilização,

prevista no art. 5º, X, CRFB e 186, 927 do Código Civil de 2002, além da boa-fé objetiva art. 422, CC.¹⁹⁰

Destarte, o equilíbrio físico e mental do trabalhador é dever do empregador. A fim de evitar o assédio moral, as empresas podem criar códigos de ética, canais de diálogo e de denúncias a serem feitas por trabalhadores agredidos, inclusive de forma anônima, além de mecanismos que coíbam o sentimento de hipercompetição, já que, conforme Roberto Heloani assevera: “Somente um efetivo processo de humanização do trabalho poderá fazer com que os “sintomas” dessa verdadeira doença retrocedam” (HELOANI, 2004, p. 7).

O regime do teletrabalho, portanto, deve ser implementado de forma equilibrada, com metas de produtividade limitadas, sob pena de se tornar facilitador de práticas de assédio moral organizacional e por competência, contaminando o ambiente laboral, em total violação à construção normativa de sua proteção.

CONCLUSÃO

A atual tendência de desvincular os espaços físicos pré-determinados no âmbito laboral evidencia desafio de relevo para o direito do trabalho no combate às práticas ilícitas manifestas no uso nocivo dos meios telemáticos, presentes na seara do teletrabalho.

¹⁹⁰ Art. 5º, X, CRFB: São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Art. 186, CC: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Os instrumentos tecnológicos vislumbrados no teletrabalho podem facilmente se transformar em objeto de cobranças e requisições constantes; exigências de metas crescentes; imposição de jornadas extenuantes; controle de produtividade a partir de “estímulos” vexatórios e terror psicológico.

Neste interim, é imperioso que se estabeleça, na gestão organizacional empresarial, a efetiva proteção à saúde do teletrabalhador. Isto, pois a facilidade da utilização dos meios telemáticos para os abusos do poder diretivo do empregador acarreta eventos crescentes de assédio moral no âmbito trabalhista, contaminando o equilíbrio do ambiente laborativo e, portanto, atingindo a saúde do obreiro.

Outrossim, a exigência de metas desgastantes é usual meio de gestão utilizado para a propagação de tais abusos psicológicos, sobretudo quando se trata de assédio moral organizacional e assédio moral por competência. Ambos os institutos estão vinculados a demandas de alta produtividade, no entanto, o traço que os distingue é o universo dos empregados atingidos.

No assédio moral por competência o motivo da violência possui ordem personalíssima. Já no assédio moral organizacional, a violência permanece vinculada ao modelo de organização do trabalho adotado pela empresa, afetando os trabalhadores indistintamente. No entanto, independente do enfoque, seja de cunho personalíssimo ou organizacional, o assédio moral na seara do trabalhista detém extrema relevância jurídica, sobretudo diante de sua afronta aos valores constitucionais e convencionais, preocupados com a dignidade e com a tutela da saúde do obreiro.

Ato contínuo, o assédio moral, inclusive no âmbito do teletrabalho, encontra barreiras na valorização do trabalho humano, e a existência digna do trabalhador em prol da justiça social e dos

princípios gerais do meio ambiente. Conforme já vislumbrado neste estudo, o empregado possui o direito fundamental à redução dos riscos no trabalho e ao meio ambiente laboral seguro, sadio, livre de malefícios causadores de danos à sua saúde física e psíquica.

É indubitável que a tecnologia instituiu um processo de transformação no ambiente trabalhista de viés permanente e sucessivo, portanto, o amparo à saúde e dignidade do trabalhador deve ser objeto de preocupação inicial do empregador que propõe o regime do teletrabalho a seu empregado.

Os valores constitucionais e convencionais não podem ser abandonados ou mascarados por instrumentos tecnológicos. Apenas com a efetivação deste mínimo existencial é que poderão se estabelecer, de fato, as vantagens e proveitos do trabalho pelas vias tecnológicas, para ambos os polos do vínculo empregatício. Do contrário, a modernidade do teletrabalho poderá significar retrocesso social, remanescendo a tempos “semiprimitivos”, divorciados dos princípios fundamentais que hoje baseiam o ordenamento jurídico trabalhista.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rubens Valtecídes. **Teletrabalho: um conceito complexo no Direito Brasileiro**. In: Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia. v. 35: 385-394, 2007. Disponível em:< <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18441>>. Acesso em: 21 agos. 2020.

ARAÚJO, Adriane Reis de. **O assédio moral organizacional**. São Paulo: LTr, 2012.

BECK, Ulrich; NASCIMENTO, Sebastião (trad). **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: 34, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 ago. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 01 maio 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 07 ago 2020.

BRASIL. Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 de julho 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DESTE, Janete Aparecida; PACHECO, Fábio Luiz. Assédio moral por competência e o teletrabalho na pandemia. **Migalhas**, 29 mai. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalha-trabalhista/327849/assedio-moral-por-competencia-e-o-teletrabalho-na-pandemia>. Acesso em: 13 ago. 2020.

DUARTE, Bento Herculano; SOARES, Fernanda de Carvalho. O assédio moral no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Fórum**

Trabalhista. RFT. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 21-47, mar./abril. 2014.

FRANCO, Tânia; DRUCK, Graça; SELIGMANN-SILVA, Edith. As novas relações de trabalho, o desgaste mental do trabalhador e os transtornos mentais no trabalho precarizado. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, São Paulo , v. 35, n. 122, p. 229-248, Dez. 2010 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-76572010000200006&lng=en&nrm=iso>. Access em 21 mai. 2020.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Teletrabalho carece de legislação para garantir o direito à desconexão**. Revista Consultor Jurídico, 15/06/2016. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2016-jun-15/gustavo-garcia-teletrabalho-direito-desconexao>>. Acesso em: 21 agos. 2020.

HELOANI, Roberto. Assédio moral – um ensaio sobre a expropriação da dignidade no trabalho. **RAE- eletrônica**, v. 3, n. 1, Art. 10, jan./jun 2004.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral**; tradução Rejane Janowitz. 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

LANDI, Flávio. **Novas tecnologias e a duração do trabalho**. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo: São Paulo, 2009. Disponível em:<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-06052010-154656/pt-br.php>>. Acesso em: 21 agos. 2020.

MEDEIROS, M. F. R. de; GOMES, M. A. Assédio moral organizacional: uma perversa estratégia organizacional. **R.**

Laborativa, v. 5, n. 2, p. 66-87, out./2016. Disponível em: <http://ojs.unesp.br/index.php/rlaborativa>. Acesso em: 14 ago. 2020.

MENDES, René; DIAS, Elizabeth Costa. Da medicina do trabalho à saúde do trabalhador. **Rev. Saúde Pública, São Paulo**, v. 25, n. 5, p. 341-349, Out. 1991. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101991000500003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 21 agos. 2020.

MUSARRA, Raíssa; PASQUALETO, Olívia; LIMA, Renata; MARTINEZ, Célia. **Saúde Mental em época de pandemia por Covid-19 – Parte I: endereçamento de ações institucionais**. Publicação ESAOABSP, 2020. Disponível em: <<https://esaoabsp.edu.br/Artigo?Art=207>>. Acesso em: 21 agos. 2020.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Assédio Moral Coletivo no Direito do Trabalho. v. 73, maio de 2009, **Revista LTr**. 73-05/557.

NUNES, Talita Camila Gonçalves. O acidente de teletrabalho e a fiscalização da tecnologia da telemática: aspectos e consequências do teleassédio moral e do teletrabalho escravo. **Revista de Direito do Trabalho**. vol. 167. ano 42. p. 183-208. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2016.

OLIVEIRA, Christina D'arc Damasceno. O direito à desconexão do trabalhador: repercussões no atual contexto trabalhista. **Revista IOB: Trabalhista e previdenciária**. Ano XXII, n. 253. São Paulo. Jul. 2010.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Trabalho decente**. Brasília: OIT, s/d. Disponível em: <<https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-decente/lang--pt/index.htm>>. Acesso em: 21 de agosto de 2020.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Noções conceituais sobre o assédio moral na relação de emprego. **Revista Ltr: legislação do trabalho**, São Paulo, SP, v. 70, n. 9, p. 1079-1089, set. 2006.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **A teoria jurídica do assédio e sua fundamentação constitucional**. São Paulo: LTr, 2012.

SOBOLL, Lis Andréa Pereira. Assédio moral no trabalho. 85-94. *In*: Pedro F. Bendassoli e Jairo Eduardo Morges-Andrade (Orgs). **Dicionário de Psicologia do Trabalho e das Organizações**. p. 85-94. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2015.

STUMER, Gilberto; FINCATO, Denise. **Teletrabalho em tempos de calamidade por COVID-19: impactos das medidas trabalhistas de urgência**. *In* BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney. **O direito do trabalho na crise da COVID-19**. Salvador: Editora JusPodvam, 2020.

TRT. Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região. **RTOrd. 10687-32.2013.5.18.0008**. Paraguassu. 07 out. 2013. 8ª Vara do Trabalho de Goiania-GO. Juiz do Trabalho Luiz Eduardo da Silva Disponível em: https://sistemas.trt18.jus.br/consultasPortal/pages/Processuais/DetailaProcesso.seam?p_num_dist=0&p_num_pje=8627&p_grau_pje=2&dt_autuacao=&conversationPropagation=begin Acesso em: 20 ago. 2020.

TRT. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Recurso Ordinário n. 01260-2011-143-03-00-3**. Recorrentes: Brasilcenter Comunicações Ltda Mara Lúcia Alvim do Valle. Recorridos: Brasilcenter Comunicações Ltda Mara Lúcia Alvim do Valle. 23 out. 2012. 11ª Turma - Rel. Desembargador Heriberto de Castro. Data de Publicação: 31/10/2012 Disponível em: <https://juris.trt3.jus.br/juris/consultaBaseCompleta.htm?conversationId=1556>. Acesso em: 17 ago. 2020.

ZANETTI, Robson. **Assédio moral no trabalho**. [E-book]. [S.l.: s.n.], 2008.

GRUPO DE TRABALHO III:
Direito Processual do Trabalho

REFLEXÕES SOBRE A NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL ARTÍSTICO

REFLECTIONS ABOUT THE NEED TO REGULATE CHILD ARTISTIC LABOR

*Rebeca Silva de Souza*¹⁹¹
*Ricardo Estevão Soares de Ávila*¹⁹²

RESUMO

O presente artigo busca refletir sobre a condição legal do trabalho artístico infantil, esclarecendo sua incompatibilidade com os dispositivos de proteção à criança e ao adolescente e identificando suas digressões quanto à legislação trabalhista. O estudo se prolonga também a compreender o processo de permissividade das relações de trabalho e os possíveis impactos sobre a criança e sobre o adolescente artista, levando a uma conclusão que expõe a importância de uma regulamentação trabalhista específica para essa situação.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Trabalho infantil artístico.

¹⁹¹ Discente do 4º período do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. E-mail: rebecasouza37@usp.br.

¹⁹² Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. E-mail: adv.ricardoestevao@gmail.com.

ABSTRACT

This article seeks to bring a reflection about the legal condition of children working as artists, making it clear how incompatible it is to the legal measures that protect children and teenagers, and identifying its digressions when it comes to the labor law. The study gets prolonged to understand how is possible the labor relationships and the possible impacts on the child and on the teenager, having a conclusion that exposes how important it is to have a regularization coming from the labor law.

Keywords: Law Labor. Childish artistic work.

INTRODUÇÃO

É de saber comum que inúmeras crianças e adolescentes trabalham na televisão, no cinema, no meio musical ou em qualquer outro campo midiático, e que o advento dos novos tempos não trouxe mudanças que erradicassem esta prática, vista desde tempos tão remotos. A figura infantil é usada sempre como meio de atrair o público, seja ele menor ou adulto, com a promessa de entretenimento leve e livre a todos, muitas vezes com norte educativo, podendo, porém, apresentar aspectos recreativos e empresariais, sendo estes últimos presentes em maioria.

O ponto é que, mesmo sob a glamorização midiática, essa prática configura uma forma de trabalho, no caso o trabalho infantil artístico. Sendo assim, merece uma problematização realizada em bases jurídicas, visto que “a criança e o adolescente gozam dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral”, como dispõe o Art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Assim, o que se realizou no presente artigo foi uma problematização da situação supracitada, com seus nuances e motivos, e o que a torna um rebento de omissão legislativa, com potencialidade de causar danos à criança e ao adolescente. Para tal problematização, foi feita uma análise normativa, passando pelo Direito do Trabalho, em âmbito interno e externo, interseccionado com as leis artísticas, invocando o ECA, e tudo obviamente sob a égide da Constituição Federal de 1988.

A análise calhou sobre a proibição expressa dos dispositivos internos, sobre a permissividade e competência jurisdicional, postas e nomeadas pelas convenções trabalhistas internacionais. Do mais, não apenas analisando o processo de permissividade desta prática de trabalho infantil, também se atentou brevemente para as relações que se dão depois da autorização, ou seja, aos contratos dos artistas mirins.

Em vias finais, após a leitura de normas, dos projetos de lei e mesmo da visão jurisprudencial que há quanto ao trabalho artísticos mirim, foi mister a visão de profissionais como psicólogos e antropólogos para compreender claramente os impactos que a atividade laboral precoce pode causar no jovem que a exerce, sendo esta última de suma importância, uma vez que o estudo se coloca todo a buscar a melhor tutela para o trabalho das crianças e adolescentes.

1 O TRABALHO INFANTIL E SEU ASPECTO LEGAL

Segundo definiu a Organização Internacional do Trabalho (OIT) na Convenção nº 138 (1973), o trabalho infantil é aquele realizado por qualquer jovem que esteja abaixo da idade mínima exigida pela legislação de seu país, e é importante que não se confunda essa atividade com uma relação de emprego, pois entre ambas há um abismo de diferenças que causam impactos.

Conforme Ricardo Jhan (s.n.t, p.2)¹⁹³, a relação de emprego é uma das formas de trabalho que ocorre quando preenchidos todos os requisitos postos na Consolidação das Leis de Trabalho (CLT), de forma que se considera empregada toda pessoa natural que prestar serviços de natureza não eventual ao empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Quando ausente qualquer um dos elementos tipificadores da relação de emprego, tem-se uma outra relação de trabalho.

Diante dessa diferenciação, é importante salientar que muitas relações de trabalho, por estarem fora do âmbito de proteção da legislação trabalhista, apresentam condições que não respeitam tempo ou capacidade do sujeito que trabalha, sendo visíveis estas condições no trabalho infantil, por exemplo. Partindo disto, surge a afirmação que o trabalho, mesmo com seus benefícios dignificadores e socializadores, não pode ser imposto aos infantes, tendo em vista a possível perda de puerilidade e a celeridade do envelhecimento.

Ressalta-se que a proibição do trabalho infantil não obsta o direito à profissionalização posto pelo ECA, em que há o zelo por um ambiente de aprendizagem e desenvolvimento produtivo.

Esclarecido esse ponto, positiva sobre o trabalho infantil, a Constituição Federal de 1988, no Art.7º, inciso XXXVIII, trata como direito a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

¹⁹³ Juiz no Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, em redação à Cartilha Informativa sobre diferenciação entre Relação de trabalho e relação de emprego. Disponível em: file:///C:/Users/55119/Documents/Texto_01_DiferenciaAcAao_entre_RelAcAao_de_Trabalho_e_RelAcAao_de_Emprego_ricardo_jahn.pdf.

Atendendo ao fato de que é possível profissionalizar os adolescentes sem colocá-los em situação de trabalho precoce, o direito à profissionalização da criança e do adolescente está positivado no Art. 127 da CF/88:

Art. 127- É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

Semelhante conteúdo está posto no Art. 4º do ECA, pondo o direito à profissionalização junto aos outros direitos inerentes ao desenvolvimento saudável na juventude:

Art. 4º - É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 1990)

Assim como no Art. 53 do mesmo Estatuto está posto que a criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, além de ter garantido o seu preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, sendo este último amplamente sustentando pelo direito de acesso à educação e vida acadêmica ativa (BRASIL,1990).

E, por último, observa-se a proibição constitucional ao trabalho das crianças e dos adolescentes reproduzida pelo ECA, em

seu Art.60, que dispõe que é defeso aos menores de 14 anos de idade qualquer trabalho que seja (BRASIL, 1990).

A legislação trabalhista também versa sobre a proibição do trabalho infantil. A CLT trata da proteção do trabalho do menor nos artigos 402 ao 441. O Art. 402 dispõe que o menor, para efeitos da CLT, é aquele que está entre os 14 e 18 anos de idade. O Art. 403 deixa claro que é proibido qualquer tipo de trabalho ao menor de 16 anos de idade, salvo se este estiver como aprendiz, e mesmo a situação de aprendiz, regida por lei própria, não será exercida por aqueles menores de 14 anos (BRASIL, 1943).

Os cuidados com o trabalho do menor prolongam-se na CLT, que, no parágrafo único do Art. 403 da CLT, dispõe que esse labor não pode ser realizado em locais que prejudiquem a sua devida formação, ou o seu tempestivo desenvolvimento físico, psíquico, moral e formal, ou mesmo em horários e locais que lhe obstem a frequência escolar. É pontuado ainda, no Art. 404, que o menor de 18 anos não pode trabalhar durante a noite, das as 22:00 até as 5:00.

E, por fim, nesta análise da legislação trabalhista interna, vale destacar que a CLT, Art. 405, dispõe que o menor não deverá trabalhar em locais e serviços insalubres, ou que lhe prejudiquem a moralidade, como os trabalhos realizados em produção, composição, entrega ou venda de escritos, impressos, cartazes, desenhos, gravuras, pinturas, emblemas, imagens e quaisquer outros objetos que possam, a juízo da autoridade competente, prejudicar sua formação moral.

Quanto aos dispositivos internacionais, como já mencionado, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) define como trabalho infantil aquele que priva a criança de sua infância, de seu potencial e de sua dignidade, prejudicando seu desenvolvimento físico e mental e obstando sua frequência escolar. Ainda analisando o direito internacional do trabalho, o Brasil ratificou as Convenções nº 138 e

nº182, nas quais se comprometeu a dar passos imediatos para prevenção e erradicação das diversas formas de trabalho que ferem a saúde, a segurança e a moral das crianças, e, para isso, comprometeu-se a criar condições e promover o acesso à educação básica, que baseia a formação profissional da criança e do adolescente sem colocá-los em situação de labor.

Tratando especificamente da Convenção nº 138, a mesma versa em seu texto sobre a idade mínima de admissão ao emprego, devendo não ultrapassar a idade de finalização dos estudos básicos, ou em qualquer caso, não deve ser inferior a 15 anos. Outro documento importante foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, no caso foi ratificada a Convenção nº 182, em 2001, entrando em vigor pouco mais que um ano depois, sendo solidificada pelo Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019, que reza sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para a sua Eliminação.

Há ainda a Recomendação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) de nº 146, elaborada em 1976, que trata também da idade mínima para a admissão de qualquer emprego, servindo como um aspecto de observação que visa a melhorar o regimento de crianças e jovens que entram em contato com o trabalho. Por sua exposição, o objetivo dos membros da OIT deveria ser fixar a idade mínima para admissão de emprego aos 16 anos, e quando detectada uma idade inferior em exercício, esta deveria ser impulsionada a alcançar o estipulado.

Mediante a análise da legislação, deduz-se que há a proibição expressa do trabalho para menores de quatorze anos tanto na CF/88, quanto no ECA, e que os dispositivos internacionais ratificados pelo Brasil possuem inclinação a findar quaisquer atividades de trabalho realizadas por crianças, pois estão a par dos possíveis impactos

gerados por um labor em idade prematura, e deixam claro a prioridade que visa pôr a criança e o adolescente em estado de aprendizado escolar, e no máximo profissionalização, sendo esta última regida por legislação especial e adequada a situação do menor aprendiz, não faltando, neste caso, suporte ou mesmo um cuidado com a situação excepcional, havendo o devido formalismo que uma situação trabalhista com menores deve ter.

Porém, apesar das especificidades que marcam as atividades artísticas desempenhadas pelas crianças e adolescentes, não se encontram normas especiais voltados para a proteção desses sujeitos de direitos civis, humanos e sociais. Não há no ordenamento jurídico pátrio tutelas específicas voltadas para a criança e o adolescente que realizam trabalho artístico. Noutros termos, é possível compreender que da legislação trabalhista não vem proteção à atividade artística da criança e do adolescente, o que deixa um campo vago e, por consequência, incerto.

2 DA PERMISSIVIDADE DO TRABALHO INFANTIL

Mesmo que haja proibição legal, o trabalho infantil ainda é uma realidade. A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) 2015, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), aponta que 2,7 milhões de crianças e adolescentes de 5 a 17 anos trabalham em todo o território nacional.

Embora não haja legislação específica, o trabalho de crianças e adolescentes em novelas e outras mídias brasileiras são objeto de autorizações do Juiz de Menores, mediante termos de responsabilidades, como descreve o Art. 406, da CLT:

Art.406-O Juiz de Menores poderá autorizar ao menor o trabalho a que se referem às letras a e b do § 3º do art. 405

I - Desde que a representação tenha fim educativo ou a peça de que participe não possa ser prejudicial à sua formação moral.

II - Desde que se certifique ser a ocupação do menor indispensável à própria subsistência ou à de seus pais, avós ou irmãos e não advir nenhum prejuízo à sua formação moral (BRASIL, 1943).

Note-se que os critérios utilizados preocupam-se com o que a criança irá absorver daquele trabalho que lhe possa render aprendizado, e se o trabalho que ela realizará é de suma importância para que a mesma consiga subsistir, bem como sua família.

Contudo, nesse cenário, nota-se a insegurança jurídica. Como bem aborda Canotilho (2002, p. 257), a segurança jurídica é responsável pela durabilidade e permanência da própria ordem jurídica, ou seja, saber que uma lei existe e que regulará as situações da sociedade traz paz e sensação de proteção do Estado. Deixando para analisar individualmente o caso, não há uma prevenção geral, deixando de certa forma uma insegurança quanto às relações de trabalho da criança e do adolescente. É ainda importante que se observe que a permissividade advém de um artigo trabalhista, porém, o restante da relação não se regula pela mesma área da Ciência Jurídica.

2.1 Do processo de autorização do trabalho artístico

Uma vez que não há dúvida sobre a proibição do trabalho infantil no Brasil, e de todo o esforço que é feito no âmbito internacional, indaga-se como é possível haver crianças trabalhando no meio artístico e como pode esse cenário ser tão comum e escassamente problematizado.

A resposta pode ser obtida ao observar que, para permitir que a criança seja empregada no meio artístico, são realizadas interpretações dos dispositivos presentes, havendo certa vantagem em serem esses dispositivos tão poucos e cuja visualização não é de grande importância. A própria Lei do Artista, de nº 6.533/1978, que regulamenta essa profissão e mais outras, é omissa ao tratar do artista menor. No Art. 2º desse Diploma legal, encontra-se a descrição do artista, porém, nenhuma restrição de idade:

Art. 2º - Para os efeitos desta lei, é considerado:

I - Artista, o profissional que cria, interpreta ou executa obra de caráter cultural de qualquer natureza, para efeito de exibição ou divulgação pública, através de meios de comunicação de massa ou em locais onde se realizam espetáculos de diversão pública (BRASIL, 1978).

Não havendo vedação expressa para que alguém possa exercer a profissão de artista, forma-se o argumento da permissividade do trabalho do menor artista, conjugando o dispositivo acima citado com o Art. 109 do ECA, que dita que compete à autoridade judiciária disciplinar, mediante autorização, a participação de crianças e adolescentes em espetáculos públicos e certames de beleza, atendendo aos princípios legais, as peculiaridades do local e outras adequações.

Quanto à permissividade encontrada no âmbito trabalhista, esta se respalda vivamente no Direito Internacional do Trabalho, como está expresso no Art. 8º da Convenção 138:

A autoridade competente poderá conceder, mediante prévia consulta às organizações interessadas de empregadores e de trabalhadores, quando tais organizações existirem, por meio de permissões individuais, exceções à proibição de ser admitido ao emprego ou de trabalhar, que prevê o artigo 2 da presente Convenção, no caso de finalidades tais como

as de participar em representações artísticas (OIT,1973).

2.2 Competência para decidir sobre os casos

Atualmente, as autorizações são emitidas por Juiz da Vara da Infância e Juventude, contudo, a ponderação sobre qual o Juízo competente para tanto já assolou o legislativo.

O Projeto de Lei nº 83/2006, de autoria do senador Valdir Raupp, fixava a idade mínima de 14 anos para o trabalho como ator, modelo e similares, com autorização apenas da família ou do representante legal, já os menores de 14 anos necessitariam de autorização judicial para o trabalho; porém, sua proposta foi arquivada ao fim de sua legislatura.

O Projeto de Lei nº 3.974/2012, de autoria do deputado Manoel Júnior, por sua vez, pretende transferir à Justiça do Trabalho a competência para análise dos pedidos, e atualmente aguarda parecer do Relator na Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF).

Em contraposição, o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento de medida cautelar na ADI 5.326/DF, entendeu pela competência da Vara da Infância e Juventude. No caso, a decisão discutiu a eficácia de normas conjuntas de órgãos do Judiciário e do Ministério Público nos Estados de São Paulo e de Mato Grosso que dispõem sobre a competência da Justiça do Trabalho para conceder autorização dos trabalhos dos atores e atrizes mirins de telenovelas.

Apesar do posicionamento do STF, é forte o argumento daqueles que defendem a competência da Justiça do Trabalho para autorizar o exercício do trabalho infantil, como expôs a Ministra Rosa Weber em seu voto:

“Seria no mínimo paradoxal atribuir à Justiça do Trabalho a competência para julgamento de lide concernente ao pagamento da importância pactuada pela prestação de serviços, ou de indenização por dano moral em razão da exploração indevida da imagem da criança ou adolescente no âmbito da relação do trabalho, e à Justiça Comum a autorização para o exercício do trabalho suscetível de desencadear o referido dano”. (Supremo Tribunal Federal, Plenário, Medida Cautelar na ação direta de constitucionalidade nº 5.326. Distrito Federal. Relator: Marco Aurélio. 29/09/2018).

Segundo Margaret Matos de Carvalho¹⁹⁴, a competência para tratar da participação dos artistas mirins deveria ser do juiz do trabalho, atendendo as exigências da CF, do ECA, de legislação internacional e obviamente atentando de forma excepcional ao Direito do Trabalho, que se encontra posto por último, quando, na verdade, deveria guiar todo o processo.

A posição de Margaret é acertada, pois o trabalho infantil configura uma forma de trabalho. Segundo Sussekind (2009, p.17), a relação de trabalho é aquela na qual há remuneração por algum serviço, logo ao observar a situação da criança que atua, canta, ou produz qualquer coisa, mediante um pagamento, não há mais o que se falar em mera expressão artística. Se tratada a situação da criança artista longe das esferas penais, e como uma atividade legal e não danosa, esta deveria ao menos estar sob vigência das normas trabalhistas ou sendo regida por uma legislação complementar ou especial. Porém, ainda não o é, apesar dos esforços legislativos, e

¹⁹⁴ Procuradora do Ministério Público do Trabalho, em depoimento no artigo “Trabalho infantil na televisão sob a ótica jurídica”. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-125/trabalho-infantil-na-televisao-sob-a-otica-juridica/>.

atualmente, por definição acaba pertencendo à esfera civil sua regularização, consoante prescreve o Art. 593 do Código Civil de 2002: "a prestação de serviço que não estiver sujeita a leis trabalhistas, ou à lei especial, reger-se-á pelas disposições deste Capítulo" (BRASIL, 2002).

Na tentativa de compreender a decisão do STF, é possível ter que a visão que há ainda é romantizada, de jovens que estão se expressando artisticamente e, por isto, a Justiça Comum pode estar encarregada, uma vez que trata de atividade infantil. Porém, é de fácil percepção que contratos são formados, prazos são estabelecidos e a relação não é apenas artística, é também trabalhista, e que mesmo que a autorização seja deferida pela Justiça Comum, o mesmo não pode ser permitido quanto à regulação da relação de trabalho que se dá depois da autorização.

Vale lembrar que a CF/88, em seu Art.114, com redação dada pela Emenda Constitucional nº. 45/2004 ampliou a competência da Justiça do Trabalho, sendo esta agora competente para dispor sobre ações decorrentes de relação de trabalho, não somente das relações de emprego. Assim, a relação de trabalho das crianças e adolescentes no meio artístico, mesmo que não efetivamente configurem emprego, também deveriam estar sob a competência da Justiça do Trabalho. A extensão da competência da Justiça do Trabalho gerou o debate se houve ou não uma revogação dos pontos do ECA e da CLT que versam sobre a competência da Justiça Comum.

Ante isso, os participantes do Seminário Nacional para a Erradicação do Trabalho Infantil de 2012, afirmaram na "Carta de Brasília pela erradicação do Trabalho Infantil", no Art. 5º, que compete à Justiça do Trabalho a autorização para a realização do trabalho infantil.

É importante destacar, ainda, que a Coordenadoria Nacional de Combate à Exploração do Trabalho de Crianças e Adolescentes, do Ministério Público do Trabalho, na Orientação nº. 2, determina:

I.O trabalho artístico, nele compreendido toda e qualquer manifestação artística apreendida economicamente por outrem, é proibido para menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos, nos termos do art. 7º, XXXIII da Constituição Federal.

II Admite-se, no entanto, a possibilidade de exercício de trabalho artístico, para menores de 16 anos, na hipótese do art. 8º, item I da Convenção n. 138 da OIT, desde que presentes os seguintes requisitos: A) Excepcionalidade; B) Situações Individuais e Específicas; C) **Ato de Autoridade Competente (autoridade judiciária do trabalho)**; D) Existência de uma licença ou alvará individual; E) O labor deve envolver manifestação artística (...)

3 DA RELAÇÃO DE TRABALHO E DOS “CONTRATOS” COM CRIANÇAS E MENORES

A priori, uma certeza que abarca todas as situações problemáticas ao Direito é que elas existem. Uma vez que o trabalho artístico infantil é uma realidade, é importante estudá-lo para então constituir caminhos que melhor protejam os sujeitos da relação. No primeiro ato, é perceptível que observar a problemática é fácil, uma vez que está exposta a todos, não sendo escuso como as outras proibições de trabalho infantil.

Em seguida, infere-se que há ausência de parâmetros propriamente trabalhistas aplicados às relações de trabalho das crianças e adolescentes. A discussão feita entre legislativo e judiciário abarca muito o autor da permissão ao trabalho infantil, que é uma discussão válida, porém, além disso, é necessário tratar do que ocorre

após a permissão, ou seja, das relações que se dão entre o menor e seu superior. É preciso que o contrato, quando houver, seja inspecionado por autoridade trabalhista como já dito, já que a relação é de trabalho.

Primeiramente, quanto ao contrato de trabalho, que muitas crianças e jovens são parte, segundo Vólia Bonfim (2015, p. 242), é um acordo bilateral ente empregado e empregador, caracterizando uma norma pessoal, concreta e específica, que cria obrigações. Indo mais fundo, é preciso, para haver a relação de emprego, a pessoalidade, a subordinação, a onerosidade e a não eventualidade.

Agora, observado o contrato de trabalho como negócio jurídico, ele tem que preencher os requisitos do Art. 104 do Código Civil, sob pena de nulidade. Esses requisitos são: a capacidade do agente, o objeto lícito possível, determinado ou determinável, e forma prescrita ou não defesa da lei. Estudando o primeiro requisito, já é possível decretar a nulidade de contratos firmados com menores de 16 anos, uma vez que são tidos como absolutamente incapazes pelo Art. 3º do CC/2002.

No Direito do Trabalho, os efeitos da falta da capacidade do agente (menor) dividem a doutrina. Para a primeira corrente, mais radical, expõe Russomano (1982, p. 589) que o menor nem sequer teria direito ao salário, uma vez que se trataria de nulidade absoluta. Porém, na segunda corrente, Arnaldo Sussekind (2002, p. 234-236) e Alice Monteiro de Barros (2005, p. 525) asseguram o direito ao salário, uma vez que não há como devolver o trabalho efetuado. A terceira corrente sustenta uma nulidade absoluta na teoria, porém, na prática, uma nulidade relativa.

Além disso, não se pode esquecer que o Art. 104 do CC exige que o negócio jurídico tenha objeto lícito. Nesse passo, no contrato de trabalho, o trabalho pactuado não pode ser proibido, e dentre as proibições positivadas está o trabalho realizado por menor de 16 anos,

que não seja aprendiz, não havendo exceção expressa para o contrato da criança artista.

Então, sob qualquer enfoque, o trabalho efetuado pela criança e adolescente na mídia não encontra elementos que o validam.

4 IMPACTOS PSICOLÓGICOS SOBRE O MENOR ARTISTA

A omissão do Estado em regulamentar e tutelar o trabalho do menor artista não gera apenas perdas econômicas, patrimoniais. O principal dano reside na perda da infância e juventude, na celeridade do envelhecimento e responsabilização precoce dos artistas mirins.

Em uma entrevista ao site da Fundação Telefônica Vivo, em 2016, o sociólogo Jonathan Hanney afirmou que o trabalho infantil surte efeitos danosos para a infância e vida restante da criança. Em sua percepção, ocorre a centralização da criança como fonte de renda da família, e aquela se torna responsável pela sustentação do lar; uma vez que esta é sua nova função, a criança ou o adolescente sofrem com o isolamento social, justamente por não se identificarem mais com as pessoas da sua idade.

Citando outra entrevista ao site da Rede Peteca, em 2020, a psicóloga Fernanda Candido também expõe que a criança e o jovem precisam estar rodeados de outras crianças e jovens, em ambientes de aprendizado ou de cunho pueris, sem a carga de obter determinado desempenho. Em contraste a esta adequação, Fernanda lembra que o ambiente profissional é cheio de responsabilidades e riscos que não cabem às crianças e jovens, configurando demandas profissionais e mesmo danos físicos.

Um estudo realizado por vários autores (COSTA; SOUZA; KIRST, 2015, p.139-140) concluiu que os danos do trabalho infantil, mesmo glamourizado, são irreversíveis e guiam a vida dos menores a

um rumo diferente daquele que poderia ter sido, caso não houvesse a interferência. Além de constituir fator que causa evasão escolar e déficit de desenvolvimento.

Por fim, segundo as ponderações de Santos (2009, p.7), outro perigo ao qual a criança está exposta por trabalhar precocemente na mídia é a erotização de seu corpo e atitudes, causando uma alteração no seu desenvolvimento identitário tanto de gênero quanto sexual. A imagem das meninas está mais exposta a sexualização e às violências relacionadas ao seu sexo, além do que sua imagem é extremamente manipulada para adquirir características adultas; essa dedução expõe um paradoxo, pois, à medida que as meninas crescem, a pressão aumenta para que se mantenham como crianças, afim de não perder o público infantil. O autor continua ainda ao falar que, no caso dos meninos, sua identidade também sofre com uma extrema inclinação às atividades violentas e o desenvolvimento da agressividade como característica intrínseca ao sexo masculino. Em complemento a isso, há o estudo realizado por Júnior (2013, p. 22) que conclui que a sexualização das crianças na mídia é um incentivo a não problematização da pedofilia e outras condições que oferecem perigo aos jovens em tela.

CONCLUSÃO

Como visto, o trabalho da criança e do adolescente artista é proibido como qualquer outra forma de trabalho infantil, até porque gera prejuízos aos menores. Apesar disso, há permissividade para esse trabalho na legislação pátria e em Diplomas internacionais.

No ordenamento jurídico brasileiro, não há regramento legal específico que trate a situação da criança e do adolescente artista, o que configura uma omissão legislativa, que conduz à insegurança

jurídica e à realização de atividades não fiscalizadas. Essa omissão afeta os menores, que ficam sujeitos a danos seríssimos e irreversíveis.

Apesar disso, o trabalho infantil na mídia continuará existindo, mediante seu grande aceite e mísera problematização vinda dos próprios espectadores, resultando numa imediata aceitação e, perigosamente, romantizada visão da criança artista.

Ante esse fato social, faz-se urgente e necessária uma regulamentação específica, que, observando suas necessidades e especificidades, deve objetivar o desenvolvimento pleno da criança e do adolescente, garantindo seus direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, Brasília, 5 de out de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 de jun. de 2020.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei nº 5.442, de 01.mai.1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 29 de ago. de 2020.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. O Estatuto da Criança e do Adolescente e outras providências (ECA). **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 jun. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 12 de jun. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. Acórdão de decisão que julgou Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade

5.326 Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. 27 de set. de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doTP&docID=752293043&prclD=4781750#>. Acesso em: 30 de ago. de 2020.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr. 2005.

CARTA, De Brasília pela erradicação do trabalho infantil. Seminário: Trabalho infantil, aprendizagem e justiça do trabalho, Brasília [S.n.] out. de 2012. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/614d8803-2466-4408-9fcc-d82ad49a451d>. Acesso em 11 de nov. de 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 9. e.d. rev. e atual. São Paulo, SP: Método, 2015.

COSTA, Elenise M.; SOUZA, Ricardo L.V.; KIRST, Patrícia B.A.G. Trabalho infantil: um estudo sobre os danos biopsicossociais percebidos pelos pesquisadores. **PePSIC**. 2015. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-03942015000100011. Acesso em 29 de agosto de 2020.

FIDUNIO, Cleia Fidelis. Trabalho infantil na televisão sob a ótica jurídica. **Âmbito Jurídico**, 2014. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-125/trabalho-infantil-na-televisao-sob-a-otica-juridica/>. Acesso em 11 de nov. de 2020.

JHAN, Ricardo. Cartilha Informativa sobre diferenciação entre Relação de Trabalho e Relação de emprego. Disponível em::

file:///C:/Users/55119/Documentos/Texto_01_DiferenciaAcAao entre RelacAao de Trabalho e RelacAao de Emprego_ricardo_jahn.pdf. Acesso em 11 de nov. de 2020.

KIDDO, Yuri. “Trabalho infantil afeta o desenvolvimento psicológico da criança para o resto da vida”. Afirma sociólogo. **Fundação Telefônica Vivo**. 2016. Disponível em: <http://fundacaotelefonicavivo.org.br/promenino/trabalho infantil/noticia/trabalho-infantil-afeta-o-desenvolvimento-psicologico-da-crianca-para-o-resto-da-vida-afirma-sociologo/#:~:text=transformar%20a%20educa%C3%A7%C3%A3o-%E2%80%9CTrabalho%20infantil%20afeta%20o%20desenvolvimento%20psicol%C3%B3gico%20da%20crian%C3%A7a%20para,resto%20da%20vida%E2%80%9D%2C%20afirma%20soci%C3%B3logo&text=Em%20entrevista%20%C3%A0%20Promenino%2C%20Hannay,uma%20crian%C3%A7a%20que%20trabalha%20p%20recocemente>. Acesso em 30 de Ago. de 2020.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **CENSO: Amostra trabalho infantil**. 2010.

ENTENDA o papel do psicólogo no combate ao trabalho infantil. **Rede Peteca**. Disponível em: <https://www.chegadetrabalho infantil.org.br/quem-atua/psicologo/>. Acesso em 30 de ago. de 2020.

JUNIOR, Renato S.R. **Erotização Precoce e a influência midiática: problematizando essa temática nas aulas de educação física**. Vitória, 2013.

MAGANO, Otavio Bueno. **Manual de Direito do Trabalho, Direito individual do Trabalho**. 3 ed., São Paulo: LTr, 1992, v.2.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Borsóí, 1971.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de: **Tratado de Direito Privado**. Tomo III. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1974,

MIRANDA, Thiago. Comissão aprova regras para trabalho de crianças na mídia. **Agência câmara de notícias**. 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/547985-comissao-aprova-regras-para-trabalho-de-criancas-na-midia/>. Acesso em 15 de jun. de 2020.

OIT (1973). Organização Internacional Do Trabalho. **Convenção 138**. Disponível em: Acesso em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235872/lang--pt/index.htm. 15 de jun. de 2020.

OIT (1973)- Organização Internacional Do Trabalho. **Convenção 182**. Disponível em: http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236696/lang--pt/index.htm. Acesso em: 15 de jun. de 2020.

POMPEU, Ana. A justiça comum é quem pode autorizar o trabalho artístico infantil, decide STF. **Consultor Jurídico**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-28/trabalho-artistico-infantil-atribuicao-justica-comum-stf>. Acesso em 30 de ago. de 2020.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários a Consolidação das Leis de Trabalho**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar. 2002

SÜSSEKIND, Arnaldo. Da relação de trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 75, n.º 4, p. 17-24, out/dez 2009. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus>

[.br/bitstream/handle/20.500.12178/13698/001_sussekind.pdf?sequence=6](https://repositorio.ufrn.br/bitstream/handle/20.500.12178/13698/001_sussekind.pdf?sequence=6).
Acesso em 11 de nov. de 2020.

A ARBITRAGEM, OS CONFLITOS INDIVIDUAIS DO TRABALHO E O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA.

ARBITRATION, INDIVIDUAL CONFLICTS OF LABOR AND THE PRINCIPLE OF ACCESS TO JUSTICE.

Amanda Barbosa¹⁹⁵
Jéssica Gomes¹⁹⁶

RESUMO

Este ensaio tem por objetivo analisar os efeitos da inserção do art. 507-A à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) pela Lei nº 13.467/17 (Reforma Trabalhista), situando essa alteração no atual sistema híbrido de gestão dos conflitos. A norma em questão expressamente

¹⁹⁵ Juíza Substituta do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região e docente da Escola Judicial do mesmo Tribunal. Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo. Especialista em Métodos Adequados de Solução de Conflitos pelo Centro Universitário UNA. Formada em Mediação de Conflitos pelo *Straus Institute for Dispute Resolution da Pepperdine University* e pelo NUPEMEC do Tribunal de Justiça de São Paulo. Professora de Métodos Adequados de Solução de Conflitos da UNIFAFIBE. Professora de Direito e Processo do Trabalho da EBJUR. Coordenadora do Centro Judiciário de Métodos Consensuais de Solução de Disputas de Ribeirão Preto. Coordenadora da Divisão de Execução de Ribeirão Preto. Pesquisadora do grupo de estudo “A Transformação do Direito do Trabalho na sociedade pós-moderna e seus reflexos no mundo do trabalho”, da USP de Ribeirão Preto e do Grupo de Estudos “Trabalho e Seguridade Social e Processo: diálogos e críticas” da Universidade Federal do Espírito Santo. Endereço eletrônico: amandamaresp@yahoo.com.br

¹⁹⁶ Pós-Graduando em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela FDRP-USP. E-mail: jessica.silva.gomes@hotmail.com

autorizou o uso da arbitragem no campo do direito individual do trabalho, ainda que delimitada a certa circunstância (patamar remuneratório do trabalhador). Tal previsão foi de encontro à ampla jurisprudência sobre o tema, a qual afastava o referido método da seara individual, com fundamento na indisponibilidade dos direitos laborais, o que se entendia incompatível com o artigo primeiro da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96).

Assim, se faz pertinente a discussão sobre os efeitos dessa alteração legal à luz do princípio constitucional do Acesso à Justiça, bem como a reflexão sobre a compatibilidade e propriedade (ou não) da inserção dos conflitos individuais do trabalho na abrangência da arbitragem, e se tal medida realiza o ideal do tratamento adequado dos conflitos, suporte axiológico do modelo multiportas de solução de disputas.

Palavras-chave: arbitragem; direito individual trabalhista, tratamento adequado dos conflitos.

ABSTRACT

This essay aims to analyze the effects of the insertion of art. 507-A to the Consolidation of Labor Laws (CLT) by Law No. 13,467 / 17 (Labor Reform), placing this change in the current hybrid conflict management system. The rule in question expressly authorized the use of arbitration in the field of individual labor law, even if limited to a certain circumstance (workers' remuneration level). This prediction was against the broad jurisprudence on the subject, which removed the referred method from the individual field, based on the unavailability of labor rights, which was considered incompatible with the first article of the Arbitration Law (Law No. 9,307 / 96).

Thus, it is pertinent to discuss the effects of this legal change in the light of the constitutional principle of Access to Justice, as well as to reflect on the compatibility and ownership (or not) of the insertion of individual labor conflicts within the scope of arbitration, and whether such measure realizes the ideal of the adequate handling of conflicts, axiological support of the multiport model of solution of disputes.

Key Words: arbitration; individual labor law, appropriate handling of conflicts.

INTRODUÇÃO: O PROBLEMA DE PESQUISA E SUA METODOLOGIA

Se há algumas décadas o debate processual predominante se dirigia à viabilização do acesso à justiça, como amplamente estudado na clássica obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a questão hoje é: como sair do Judiciário ou promover justiça por outras “portas”, distintas da jurisdição tradicional? O contexto da crise do Judiciário, resultado da altíssima demanda a ele direcionada, fez eclodir o conceito de concepção ampliada de acesso à justiça e o modelo de gestão híbrida dos conflitos. Tal sistema híbrido caracteriza-se por conjugar o método jurisdicional com outros métodos de solução de controvérsias, sem gradação de importância, ou categorização em principal e acessório, padrão *versus* alternativo ou mesmo “excepcional¹⁹⁷”. *Híbrido, neste sentido, denota um sistema acolhedor de conflitos diversos, de origens e traços distintos, um sistema “plástico”, apto a receber a diversidade e não o contrário, ignorá-la e moldá-la artificialmente* (BARBOSA, 2017, p. 29).

Assim, paulatinamente, novos métodos de gestão conflitual vêm sendo introduzidos à cultura brasileira, buscando *assegurar o*

¹⁹⁷ A expressão “modos excepcionais” foi utilizada por Mauro Augusto Braga no estudo intitulado “Os limites ao acordo em juízo e as garantias do processo justo” (2013, p.121). É uma referência aos demais meios de gestão de conflitos, à exceção da jurisdição, em especial, a composição amigável e, a nosso sentir, indicia o quanto arraigada na cultura brasileira a concepção da sentença como equivalente de justiça.

direito à solução das disputas por meios adequados à sua natureza, peculiaridade e características socioculturais de cada Região (artigo 1º, da Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ). Eis a finalidade primária desse movimento, o qual tem a aptidão de, indiretamente, reduzir o indesejável passivo dos Tribunais e concorrer para a melhoria da qualidade do serviço deles, sobretudo para a tramitação das ações em tempo razoável.

No Brasil, as iniciativas têm *status* de verdadeira política pública, formalmente representada no microsistema legal formado, principalmente, pelos seguintes instrumentos:

a) Resolução nº 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a qual dispõe sobre tal política no âmbito do Poder Judiciário, sendo a responsável pela regulamentação do funcionamento dos CEJUSCS (Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania) nos Tribunais, exceto na Justiça do Trabalho;

b) Resolução nº 174/2016 do CSJT (Conselho Superior da Justiça do trabalho), a qual dispõe sobre tal política no âmbito da Justiça do Trabalho, sendo a responsável pela regulamentação do funcionamento dos CEJUSCS nos Tribunais nesse seguimento;

c) Código de Processo Civil de 2015, o qual encampou definitivamente o princípio conciliatório, prevendo o incentivo à autocomposição como dever do magistrado e tendo disposto detalhadamente sobre o trabalho auxiliar de conciliadores e mediadores judiciais;

d) Lei n. 13.140/15, a qual dispôs sobre a mediação (judicial e extrajudicial) como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública;

e) Lei nº 9.307/96, reguladora da arbitragem, espécie de jurisdição, porém de índole privada.

A premissa dessa concepção ampliada de acesso à justiça, portanto, é a coexistência de técnicas pacificadoras e a revisão da noção de acesso à justiça como acesso à jurisdição estatal. Esse elástico conceitual está propiciando a disseminação dos mecanismos adequados de solução de disputas e da **teoria da jurisdição mínima ou residual**, ou seja, da intervenção coercitiva estatal como *ultima ratio* no contexto de pacificação de conflitos sociais.

No campo do Direito do Trabalho, todavia, a temática tem particularidades e consideráveis divergências. Em razão da assimetria das partes da relação regulada por esse ramo e da subordinação não só jurídica, mas econômica do trabalhador, bem como da função estratégica do Direito do Trabalho na construção de uma sociedade mais igualitária, sustenta-se que a integração do ramo ao modelo multiportas requer cuidados específicos.

Seguramente, é necessário considerar o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios na construção do Estado Social Democrático de Direito, assim entendida a tipologia de Estado que tem por objetivo harmonizar os direitos fundamentais individuais e sociais, e a realização efetiva das liberdades por via da justiça social. Nesse sentido, conveniente a advertência de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2002, p.12):

Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social.

Esse o referencial teórico adotado no presente ensaio, o qual é fruto de pesquisa de caráter qualitativo, do tipo dogmática e que se valeu de revisão bibliográfica para consecução do objetivo geral: discutir os efeitos do novel artigo 507-A da CLT¹⁹⁸, considerando o princípio do acesso à justiça previsto no art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal de 1988, segundo o qual: “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.*”

Como objetivos específicos, destacam-se:

- a) Discorrer sobre as características centrais da arbitragem;
- b) Refletir sobre possíveis vantagens e desvantagens do emprego da arbitragem para a solução de disputas nos conflitos de direito individual do trabalho;
- c) Discutir as condições para a validade da convenção arbitral nesta tipologia de relação e respectiva instituição do mecanismo, com renúncia ao direito de acionar o Judiciário para a solução de conflitos.

1 ARBITRAGEM: NOÇÕES ELEMENTARES

Antes de enfrentarmos o problema central eleito para a pesquisa, necessário compartilhar as noções elementares acerca da arbitragem. Afinal, inviável a reflexão sobre a sua suposta adequação para a gestão de conflitos individuais do trabalho, sem o prévio conhecimento acerca das suas características.

⁴ Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 26/08/2020.

1.1. Conceito e fundamentos legal

A arbitragem, regida no Brasil pela Lei nº 9.307/96, pode ser conceituada como um mecanismo extrajudicial de solução de conflitos, do tipo heterocompositivo, por meio do qual as partes, voluntariamente, renunciam à jurisdição estatal, nos termos da convenção arbitral avençada. Em substituição, vinculam a submissão da questão litigiosa a um árbitro ou tribunal arbitral, os quais recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, resguarda à decisão a mesma eficácia da sentença judicial.

Portanto, cuida-se de espécie de jurisdição privada. Ainda que a titularidade da jurisdição seja do Estado e configure um poder/dever indelegável, monopolizado, há autorização legal para que o exercício da jurisdição se faça na esfera privada.

A eventual intervenção do Poder Judiciário é meramente acessória ou de suporte. Pode ou não ocorrer e será invocada quando houver necessidade de invocar a força diante da resistência de uma das partes ou de terceiros: como no caso de condução de testemunhas, implementação de medidas cautelares, execução de provimentos antecipatórios ou cautelares, ou execução da sentença arbitral não cumprida voluntariamente.

No Brasil, a arbitragem surgiu, pela primeira vez, na Constituição do Império de 1924, ao estabelecer que as partes podiam nomear juízes-árbitros para solucionar litígios cíveis e que suas decisões seriam executadas sem recurso, se as partes, no particular, assim, convencionassem. Na atual Constituição, o instituto é referido no art. 114, § 1º, como forma de solução de conflitos no campo do Direito Coletivos do Trabalho.

Na legislação infraconstitucional, encontra-se referência ao instituto nas Leis n.7783/89 (Lei de Greve), na hipótese de frustração da negociação coletiva), na Lei nº 10.101/2000, sobre participação do trabalhador nos lucros e resultados, no Código Civil (Art. 853), bem como em várias passagens do atual Código de Processo Civil (CPC), destacadamente:

a) Art. 3º, §1º, *in litteris*: “É permitida a arbitragem, na forma da lei.”;

b) Art. 42, *in litteris*: “As causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei.”

c) Art. 515, Inc. VII, o qual reconhece à sentença arbitral a condição de título executivo judicial.

1.2. Eleição da arbitragem:

Seguindo a ideia das múltiplas portas para a submissão dos conflitos (presentes ou futuros), a opção dos interessados pela arbitragem se realiza por via da convenção de arbitragem (art. 3º da Lei n. 9.307/96), a qual é a expressão da vontade dos pactuantes de resolverem seus conflitos em sede privada, o que implica em renúncia de acesso aos órgãos do Poder Judiciário.

Tal convenção é um gênero de duas espécies: compromisso arbitral e cláusula compromissória. A cláusula compromissória é pacto por meio do qual os contratantes avençam, por escrito, submeter à arbitragem a solução de eventual litígio que possa decorrer de uma relação jurídica. Já o compromisso arbitral é o negócio jurídico por meio do qual as partes submetem uma questão controvertida específica à decisão de um árbitro, ou tribunal arbitral. Em resumo: o primeiro é prévio e o segundo é posterior ao conflito.

A formalização da convenção de arbitragem é tratada nos artigos 3º e 4º da Lei n.9037/96:

Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

O parágrafo primeiro do artigo 4º informa que a cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira. Todavia, observa-se que, excepcionalmente a jurisprudência tem aceito a estipulação tácita da arbitragem, por decorrência de atos incontestes, comissivos ou omissivos, como, por exemplo, o comparecimento da parte oposta à arbitragem instituída pela outra, o que supre a inexistência da convenção de arbitragem por não ter havido impugnação à competência do juízo arbitral. Também o comportamento concludente dos pactuantes, indiciando a validade e eficácia do negócio jurídico principal, por longo tempo, confere validade e eficácia também à cláusula compromissória nele inserida, ou inserida em aditivo ou documento anexo a ele relativo. Isso, aliás, seria uma decorrência do princípio geral de direito pelo qual a declaração de vontade independe de forma especial (art. 107 do Código Civil), como regra. Apenas excepcionalmente a lei vem a exigir determinada forma, cuja inobservância invalidará o negócio. Ademais, o artigo 111 do Código Civil dispõe que: “O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.”

Importante registrar também que a cláusula compromissória pode ser cheia ou vazia. Cheia é a cláusula que de forma expressa faz referência as regras que conduzirão eventual procedimento arbitral. Indica a câmara eleita (arbitragem denominada institucional) ou um árbitro *ad hoc* eleito pelas partes, bem como as regras processuais e de direito material que regerão o procedimento entre outras previsões importantes como: o idioma da arbitragem; o local e o seu escopo; as regras e a câmara que administrará o procedimento (ou árbitro individual); se será de direito (baseada na lei) ou na equidade, princípios gerais de direito, usos e costumes, regras internacionais etc.; a confidencialidade ou não etc.

Como se vê, a convenção de arbitragem tem por fundamento o princípio da autonomia da vontade das partes “ao extremo”, pois é amplo o negócio jurídico-processual nesta sede, a qual pode inclusive alterar o direito material a ser observado ou simplesmente não adotar o direito positivo como critério.

Para tanto, as partes devem ser capazes de contratar (capacidade civil) e o litígio deverá versar sobre direitos patrimoniais disponíveis, ou seja: não versar sobre questões de estado, de direito pessoal de família e outras matérias de caráter não patrimonial. Neste momento, necessário destacar o tema “arbitrabilidade”, ou seja: o que e quem pode se valer do método enfocado. Os termos arbitrabilidade objetiva e subjetiva remetem respectivamente: ao que pode ser submetido à arbitragem e quem pode firmar a convenção de opção pelo método e dele participar. Sobre a questão, a Lei nº 9307/96 dispõe no artigo 1º que:

As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (grifo nosso)

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Esse dispositivo e a arguição da indisponibilidade dos direitos trabalhistas eram os principais argumentos para a oposição à arbitragem no campo em análise, entendimento frontalmente impactado pela atual redação da CLT, em específico do artigo 507-A, como se aprofundará à frente.

Caso a cláusula seja do tipo vazia e não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocara o julgamento da causa. Vejamos o artigo 7º, da Lei nº 9.307/96:

Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

1.3. Efeitos da convenção de arbitragem:

A convenção de arbitragem opera dois efeitos, um negativo e um positivo, os quais são “duas faces da mesma moeda.” O positivo indica que só o árbitro será competente para julgar a demanda, ao

passo que o negativo indica que o Judiciário, nos limites do que foi convencionado pelas partes (pode haver convenção de arbitragem apenas sobre algum aspecto específico do contrato, deixando outros de fora), não deverá realizar nenhum tipo de julgamento de mérito. Esses efeitos são consequência do princípio chamado Kompetenz-Kompetenz, disposto no art. 8º da Lei de Arbitragem de seguinte teor:

Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

O jurista Carlos Alberto Carmona assim define o princípio da kompetenz-Kompetenz como “a competência do árbitro para decidir sobre sua própria competência”, sendo que o atual artigo 8º “não deixa margem alguma a dúvidas atribuindo o poder de decidir sobre a existência, validade e eficácia da cláusula e do compromisso, bem como do próprio contrato que contenha a cláusula compromissória.” (CARMONA, 2009, p.18)

Trata-se de princípio de preservação da jurisdição privada, que reserva à Corte Arbitral as decisões sobre a pactuação do método e quaisquer outros incidentes, como suspeições e impedimentos dos árbitros¹⁹⁹. Enfim, as intervenções judiciais são excepcionais. Apenas

¹⁹⁹ O árbitro é equiparado a um juiz, sua decisão produz os mesmos efeitos de uma sentença. Logo, deve ter os mesmos padrões de imparcialidade e independência exigidos aos magistrados (vide artigo 21, § 2º). Ademais, o árbitro, enquanto exercer as suas funções, fica equiparado a funcionário público, para os efeitos da legislação penal (artigo 17). Esse necessário distanciamento do árbitro em relação à causa envolve uma averiguação sobre suas relações com as partes, diante de possível

em situações especificadas na própria Lei de Arbitragem o Judiciário poderá exercer controle sobre a Corte Arbitral. É o que se dá nos casos de arguição de nulidade da sentença arbitral (art. 32 e 33 da Lei nº 9.307/96).

1.4. Panorama do procedimento arbitral.

Assim como na jurisdição estatal, o procedimento arbitral se submete ao princípio do devido processo legal, que pode não corresponder às regras processuais da jurisdição estatal, pois há flexibilidade de estipulação pelas partes e, por exemplo, não admite recurso. O procedimento arbitral está regrado pelos artigos 19 a 21 da Lei de Arbitragem, a qual é considerada instituída quando é aceita a nomeação pelo árbitro (o qual pode ser qualquer pessoa que goze da confiança das partes) ou árbitros se mais de um. (art.19)

Em seguida, segue-se a clássica divisão em fase postulatória, instrutória e decisória, mas a sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro. Há permissão para que os árbitros profiram sentenças parciais. Por exemplo, sobre a parte da controvérsia que não depende de perícia, enquanto se aguarda a elucidação técnica necessária à decisão sobre certa pretensão. As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo para proferir a sentença final, por exemplo se se tratar de causa de grande complexidade.

existência de impedimento ou suspeição. Para tal averiguação, aplicam-se as regras previstas no Código de Processo Civil.

O fim da arbitragem se dá com a sentença, não havendo previsão de sistema recursal. O princípio do duplo grau de jurisdição é apenas aplicável à jurisdição estatal, e não à jurisdição privada. A irrecurribilidade é uma das marcas da Arbitragem. A única possibilidade das partes é a provocação de correção de erros materiais, obscuridade, contrariedade, dúvida ou omissão, conforme previsão do artigo 30 da lei reguladora.

Sentenciado o caso, o árbitro ou o Presidente do tribunal arbitral enviará cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, ou, ainda, entregando-a diretamente às partes, mediante recibo. Como já referido, a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

1.5. Resumo dos aspectos gerais da arbitragem.

A partir da recapitulação acima, pode-se dizer que são aspectos gerais da arbitragem:

a) celeridade: pela Lei de Arbitragem o processo arbitral deve durar 6 meses (art. 23), salvo disposição em sentido contrário pelas partes;

b) informalidade: o processo arbitral é informal, existem muito menos dispositivos legais na Lei de Arbitragem do que no CPC e CLT. Existem menos formalidades nas audiências e no relacionamento entre os sujeitos envolvidos;

c) especialização: o órgão decisor normalmente é especialista na matéria, característica que no campo trabalhista também se reproduz, vez que se cuida de ramo especializado;

d) autonomia: o princípio da autonomia da vontade é a grande diretriz do método, não só determinante para a opção das partes como para o estabelecimento dos critérios para julgamento e procedimentos;

e) sigilo: a arbitragem é sigilosa, pois entre os deveres legais do árbitro está o dever de discrição. Essa característica (bem como a celeridade), é uma das responsáveis para que o método seja bastante apreciado no segmento empresarial, o qual geralmente tem interesse na não exposição de suas “feridas” ou acesso às informações sobre suas transações, parceiros comerciais etc.;

f) custos elevados: por outro lado, como tudo tem um preço, um aspecto que pode tornar a arbitragem não interessante para outros tipos de parte se segmentos é o alto custo do procedimento, honorários dos árbitros e dos profissionais para acompanhamento, taxas etc.

2. A ARBITRAGEM E O DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO

Registradas as principais características da arbitragem, condição para a reflexão sobre a compatibilidade e adequação do método no campo dos direitos individuais do trabalho, cabe-nos uma breve recapitulação da divergência sobre a sua aplicação nos conflitos de direito individual do trabalho. Como referido, o maior fundamento seria a inexistência da arbitrabilidade objetiva, em razão do previsto no art. 1º da Lei de Arbitragem, o qual veda o seu emprego aos direitos indisponíveis. Conforme o clássico entendimento reproduzidos por estudiosos e operadores desse segmento, as normas de Direito de Trabalho seriam consideradas de ordem pública e irrenunciáveis. A mesma divergência observada na doutrina se reproduzia nas Cortes laborais.

De fato, normas de ordem pública e o princípio da indisponibilidade dos direitos são limites significativos ao princípio da autonomia da vontade, essência da arbitragem e definido como o poder de alguém de “estipular livremente, como melhor convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica” (DINIZ, 2008, p.23).

Conforme aduz Alice Monteiro de Barros (2008, p.197):

A disponibilidade de direitos sofre limitações, quer no tocante à renúncia, quer no tocante à transação, pois não seria coerente que o ordenamento jurídico assegurasse ao empregado garantias mínimas e depois deixasse esses direitos subordinados à sua vontade ou à vontade do empregador. O limite à autonomia da vontade torna o Direito do Trabalho mais social e mais humano.

É inegável que os direitos trabalhistas têm valor social, um valor que extrapola o interesse individual do obreiro. Há interesse público, generalizado, de que sejam protegidos e efetivados em razão do caráter alimentar que sustentam e dos encargos que o descumprimento gera à sociedade; por exemplo: relação entre o descumprimento de normas de segurança e saúde e impactos no sistema de seguridade social (Sistema Único de Saúde e previdência pública). Mas, há uma diferença entre afirmar o interesse público de um rol de direitos e classificá-los como direitos públicos ou absolutamente indisponíveis. Sobre a questão, traremos algumas considerações a seguir.

2.1. Sobre a (in) disponibilidade dos direitos trabalhistas.

A ideia de disponibilidade está atrelada à liberdade, à prerrogativa do titular de dispor do bem ou direito, ou seja, de aliená-

lo, onerosa ou gratuitamente, gravá-lo de ônus, consumi-lo, cedê-lo (ainda que temporariamente); enfim, dar-lhe destinação distinta do uso e gozo, sem que sobre o ato pendam restrições e nulidades. Essa ausência de restrições, por sua vez, relaciona-se ao baixo grau de interesse público envolvido no direito ou bem e sua respectiva disposição. Quanto maior o valor social (não meramente individual) envolvido no direito ou bem tutelado, menor o poder de disposição, o qual ora será absolutamente negado (indisponibilidade absoluta), ora submetido a certas condições para a validade (indisponibilidade relativa).

O ramo trabalhista conjuga a natureza privada e patrimonial (ou pessoal com efeitos patrimoniais) de boa parte dos direitos fundamentais que consagra ao trabalhador, com um valor público: o interesse comum no seu adimplemento, como medida de justiça social e desenvolvimento em caráter pleno. É essa condição complexa, e não apenas a presumida inferioridade (jurídica, econômica e social) que determina e justifica a limitação da autonomia da vontade no contrato de emprego, retratada, sobretudo, nos artigos. 444 e 9º da CLT. Porém, esse tangenciamento visa a restringir a liberdade (autoridade e superioridade) patronal, não a liberdade do obreiro. Do contrário, intenta realizar essa liberdade em sentido concreto (e não meramente formal), na medida em que estabelecido para remediar a opressão da assimetria socioeconômica do trabalhador na relação laboral. É, portanto, um desdobramento do princípio da proteção e sua missão reequilibradora.

Assim, tem-se que os direitos trabalhistas são predominantemente privados, patrimoniais e disponíveis, ainda que sob condições específicas, circunstâncias e exigências variadas, sobretudo em relação à autodeterminação dos seus titulares. Essa é, a nosso ver, a única forma de diluir o paradoxo da afirmação da (in)

disponibilidade com a institucional e ampla submissão desses direitos a processos de transação, tanto no direito coletivo quanto individual do trabalho. Isso sem falar nas validações de genuínas renúncias, por exemplo, às estabilidades legalmente asseguradas.

Recordemos que, mesmo na esfera civil, a transação só é permitida quanto a direitos patrimoniais de caráter privado (art. 840, do Código Civil) e dos quais seus titulares detenham o poder de dispor. Logo, a afirmação categórica da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, estampada em forma de verdadeiro princípio, diz mais do que a realidade indica. E ao proceder assim, incita a suposição de uma contradição estrutural no sistema trabalhista: o embate entre o princípio protetivo, desdobrado na suposta indisponibilidade dos direitos do trabalho e o princípio conciliatório, amplamente retratado nas normas processuais trabalhistas.

2.2. Artigo 507-Ada CLT

A Reforma Trabalhista introduziu o artigo 507-A à CLT, de forma a expressamente autorizar a instituição da arbitragem como meio de gestão de conflitos individuais do trabalho, em contratos cuja remuneração praticada for superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, o que no momento de elaboração deste estudo representa o montante de R\$ 12.202,12 (Doze mil duzentos e dois reais e doze centavos).

Assim, em tais contratos, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem (no contrato de trabalho, original ou em aditivo e previamente ao conflito), desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, aplicando-se os termos previstos na Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Os estreitos limites desse estudo não permitem uma investigação ampla sobre a adequação dessa via, no tipo de contrato trabalhista no qual foi regulamentada. Sobretudo se considerarmos que não há a efetiva hipersuficiência do trabalhador descrito no art. 507-A, o qual está longe de configurar o chamado “alto empregado” ou empregado com subordinação invertida, destacado pela doutrina com parte à qual a arbitragem poderia de fato ser preferencial. As dúvidas sobre a realização do preceito que informa o sistema híbrido de gestão de conflitos, qual seja: *direito à solução das disputas por meios adequados à sua natureza, peculiaridade e características socioculturais de cada Região (artigo 1º, da Resolução n. 125/2010 do CNJ)*, são profundas e carecedoras de detida discussão. Por exemplo, como se dará a distribuição dos altos custos da arbitragem? Neste campo, cabe falar em arbitragem por equidade, ou seja, destacada das normas de direito? Há riscos de precarização das condições de trabalho já tão fragilizadas em nosso país? Sem embargo desses questionamentos, compartilhados com o fito da continuidade da pesquisa dados os limites deste breve ensaio, um aspecto processual merece ser destacado: a aplicação de disposto no art. 4º da Lei de Arbitragem como condição de plena realização do princípio constitucional do acesso à justiça. É o se abordará a seguir.

2.3 O contrato de trabalho como contrato de adesão e a incidência da regra do art. 4º da Lei nº 9.307/97.

Conforme visto, o art. 507-A da CLT faculta a inserção da cláusula compromissória nos contratos de trabalho, ou seja, sua firmação no curso do vínculo, no “auge” da subordinação. Todavia, é consabido que o contrato laboral se classifica como contrato de adesão, ou seja, um contrato regido por quem o fornece ou propõe (o

empregador), sem possibilidade de discussão ou modificação substancial do seu conteúdo pelo trabalhador que a ele adere.

Assim, inevitável também a aplicação do disposto no art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96, pelo qual:

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Portanto, permanece resguardada ao trabalhador em questão - contratante por adesão independentemente da faixa salarial - a análise da conveniência ou não da efetiva instituição da arbitragem por ocasião da eventual superveniência de conflito que demande gestão, sem prejuízo da sua pronta opção pelo acesso ao Judiciário que, ademais, é um direito constitucionalmente assegurado.

Essa prerrogativa, como corolário do princípio do acesso à justiça é amplamente reconhecida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, fonte da qual os profissionais do direito do trabalho poderão se valer a partir da nova realidade introduzida pela Reforma Trabalhista. Como exemplo do esboçado, vejamos o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR.
 CONTRATO DE FINANCIAMENTO
 IMOBILIÁRIO. CONTRATO DE ADESÃO.
 CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM.
 POSSIBILIDADE, RESPEITADOS
 DETERMINADAS EXCEÇÕES.

1. Um dos nortes a guiar a Política Nacional das Relações de Consumo é exatamente o incentivo à

criação de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo (CDC, art. 4º, § 2º), inserido no contexto de facilitação do acesso à Justiça, dando concretude às denominadas "ondas renovatórias do direito" de Mauro Cappelletti.

2. Por outro lado, o art. 51 do CDC assevera serem nulas de pleno direito "as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem". A mens legis é justamente proteger aquele consumidor, parte vulnerável da relação jurídica, a não se ver compelido a consentir com qualquer cláusula arbitral.

3. Portanto, ao que se percebe, em verdade, o CDC não se opõe a utilização da arbitragem na resolução de conflitos de consumo, ao revés, incentiva a criação de meios alternativos de solução dos litígios; ressalva, no entanto, apenas, a forma de imposição da cláusula compromissória, que não poderá ocorrer de forma impositiva.

4. Com a mesma ratio, a Lei n. 9.307/1996 estabeleceu, como regra geral, o respeito à convenção arbitral, tendo criado, no que toca ao contrato de adesão, mecanismos para proteger o aderente vulnerável, nos termos do art. 4º, § 2º, justamente porque nesses contratos prevalece a desigualdade entre as partes contratantes.

5. Não há incompatibilidade entre os arts. 51, VII, do CDC e 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/96. Visando conciliar os normativos e garantir a maior proteção ao consumidor é que entende-se que a cláusula compromissória só virá a ter eficácia caso este aderente venha a tomar a iniciativa de instituir a arbitragem, ou concorde, expressamente, com a sua instituição, não havendo, por conseguinte, falar em compulsoriedade. Ademais, há situações em que, apesar de se tratar de consumidor, não há vulnerabilidade da parte a justificar sua proteção.

6. Dessarte, a instauração da arbitragem pelo consumidor vincula o fornecedor, mas a recíproca não se mostra verdadeira, haja vista que a propositura da arbitragem pelo peticitante depende da ratificação expressa do oblato vulnerável, não sendo suficiente a

aceitação da cláusula realizada no momento da assinatura do contrato de adesão. Com isso, evita-se qualquer forma de abuso, na medida em que o consumidor detém, caso desejar, o poder de libertar-se da via arbitral para solucionar eventual lide com o prestador de serviços ou fornecedor. É que a recusa do consumidor não exige qualquer motivação. Propondo ele ação no Judiciário, haverá negativa (ou renúncia) tácita da cláusula compromissória.

7. Assim, é possível a cláusula arbitral em contrato de adesão de consumo quando não se verificar presente a sua imposição pelo fornecedor ou a vulnerabilidade do consumidor, bem como quando a iniciativa da instauração ocorrer pelo consumidor ou, no caso de iniciativa do fornecedor, venha a concordar ou ratificar expressamente com a instituição, afastada qualquer possibilidade de abuso.

8. Na hipótese, os autos revelam contrato de adesão de consumo em que fora estipulada cláusula compromissória. Apesar de sua manifestação inicial, a mera propositura da presente ação pelo consumidor é apta a demonstrar o seu desinteresse na adoção da arbitragem - não haveria a exigível ratificação posterior da cláusula -, sendo que o recorrido/fornecedor não aventou em sua defesa qualquer das exceções que afastariam a jurisdição estatal, isto é: que o recorrente/consumidor detinha, no momento da pactuação, condições de equilíbrio com o fornecedor - não haveria vulnerabilidade da parte a justificar sua proteção; ou ainda, que haveria iniciativa da instauração de arbitragem pelo consumidor ou, em sendo a iniciativa do fornecedor, que o consumidor teria concordado com ela. Portanto, é de se reconhecer a ineficácia da cláusula arbitral. Recurso especial provido. (REsp 1.189.050 / SP, julgado em 01/03/2016)

3 CONCLUSÃO

Como se registrou, crê-se que os estudos sobre os mecanismos de gestão de conflitos devem se vincular ao propósito de construção

do Estado Social e Democrático de Direito. Imprescindível, ainda, a identificação do Direito do Trabalho como um instrumental relevante para a concretização daquele ideal, à luz do seu potencial redistributivo e minimizador da desigualdade social.

Apesar de sua natureza privada, o Direito do Trabalho extrapola o interesse individual obreiro para configurar um interesse público. Daí a consequência de ser erigido a direito fundamental social e de incidirem limites à faculdade de disposição por parte do seu titular. Isso, porém, não implica na indisponibilidade plena dos direitos laborais. Se assim o fosse, não haveria espaço para a transação, a qual, no entanto, dá corpo a um dos princípios desse segmento: o princípio conciliatório.

Portanto, não há a suscitada incompatibilidade entre os conflitos que versem sobre direitos trabalhistas individuais e o método arbitral, por força da restrição do artigo 1º da Lei nº 9.307/97. Todavia, isso não significa dizer que o método é adequado, conveniente e verdadeiramente apto à satisfação do usuário trabalhador, ainda que detentor do perfil estampado no art. 507-A da CLT, muito pelo contrário. Em verdade, à luz das características do método, em específico o seu alto custo, há sérias dúvidas a respeito.

De qualquer sorte, ainda que validamente pactuada a cláusula compromissória, considerando:

a) que o próprio artigo 507-A da CLT remete aos termos previstos na Lei n.9.307/96;

b) que tal diploma, em razão das particularidades os contratos de adesão, sobretudo inexistência de efetiva discussão sobre as condições do negócio, resguarda a opção do aderente de renunciar à arbitragem, dispondo que a cláusula “só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição” (art. 4º);

c) que o contrato de trabalho tem a natureza de um contrato de adesão, a ele se estendendo a previsão do art. 4º da Lei de Arbitragem; tem-se que o mero ajuizamento da ação pelo contratado (aderente) na Justiça do Trabalho representará opção pela via jurisdicional estatal, esvaziando-se a pretensa eficácia da prévia cláusula compromissória arbitral.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de. **Manual dos MESCs: Meios Extrajudiciais de Solução de Conflitos**. Barueri, SP: Manole, 2016.

BARBOSA, Amanda. **Sistema Híbrido de gestão de conflitos e o direito individual do trabalho**. 2017. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2017. Acesso em: 2020-08-26.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2008.

BRAGA, Mauro Augusto Ponce de Leão. **Os limites do acordo em juízo e as garantias do processo justo**. São Paulo: LTR, 2013.

BRASIL, 1943. Decreto Lei nº 5452 de 1º de maio de 1943 que aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 26/08/2020.

BRASIL, 1996 Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996, a qual dispõe sobre a arbitragem. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 26/08/2020.

BRASIL, 2015 Lei 13.140 de 26 de junho de 2015 que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em: 24/08/2020.

BRASIL, 2016 Lei nº 13.105 de 16 de março de 2016 que institui o Código de Processo Civil. Disponível em: **<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>**. Acesso em: 25/08/2020.

CALMON, Petrônio. Fundamentos da mediação e da conciliação. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris (Ed.), 2002.

CARAJELESOV, Paula Corina Santone. Arbitragem nos conflitos individuais do trabalho. Curitiba: Juruá, 2010.

CARMONA, Carlos Alberto. ARBITRAGEM E PROCESSO UM COMENTÁRIO A LEI 9.307/96 3ª Edição, Editora Atlas, 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: **<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>**. Acesso em: 26/08/2020.

CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Resolução nº 174 de 30 de setembro de 2016, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho que dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado das disputas de interesses no âmbito do Poder Judiciário Trabalhista e dá outras providências. Disponível em: http://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=235e3400-9476-47a0-8bbb-bccacf94fab4&groupId=955023. Acesso em: 26/08/2020.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito.** 20ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009._____. **Curso de direito civil brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais.** São Paulo: Saraiva, 2008.

FLENIK, Giordani. Arbitragem nos litígios individuais trabalhistas. Florianópolis: Insular, 2009.

AS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS NO PROCESSO DO TRABALHO: PRIMEIRAS LINHAS ANALÍTICAS

DEFENDANT CLASS ACTIONS IN THE PROCEDURAL LABOUR LAW: FIRST ANALYTICAL LINES

*Gustavo Felipe da Cruz Lago*²⁰⁰
*Luísa Seidel de Souza Sarcinelli*²⁰¹
*Cláudio Jannotti da Rocha*²⁰²

RESUMO

O presente trabalho abordou a temática das ações coletivas passivas, instituto originado no direito norte-americano, elucidando questões referentes à sua aplicabilidade no direito brasileiro. Para tanto, examinamos o instituto diante do prisma do processo coletivo,

²⁰⁰ Graduando em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. E-mail: dacruzlago@gmail.com. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Trabalho, Seguridade Social e Processo: diálogos e críticas (UFES-CNPq).

²⁰¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. E-mail: luisasarcinelli@hotmail.com. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Trabalho, Seguridade Social e Processo: diálogos e críticas (UFES-CNPq).

²⁰² Professor Adjunto da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pós-Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS). Coordenador e Pesquisador do Grupo de Pesquisa Trabalho, Seguridade Social e Processo: diálogos e críticas (UFES-CNPq). Pesquisador do Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania (UnB-CNPq). Membro da Rede de Grupo de Pesquisas em Direito e Processo do Trabalho (RETRABALHO). Membro do Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais, ICJS, de Belo Horizonte/MG. Pesquisador. Autor de livros e artigos publicados no Brasil e no exterior. Palestrante. Advogado. E-mail: claudiojannotti@hotmail.com.

estudando exemplos costumeiramente utilizados pela doutrina, para analisar, de forma prática, a possibilidade de incidência das referidas ações no processo coletivo do trabalho brasileiro.

Palavras-chave: Ação Coletiva Passiva. Processo Coletivo. Direito Coletivo do Trabalho. Processo do Trabalho. Convenção Coletiva do Trabalho.

ABSTRACT

The present work approached the subject of the Defendant Class Actions, an institute of american's origin, elucidating questions regarding its applicability in the Brazilia legal system. To this end, the institute was analyzed in the light of the Brazilian Class Actions, studying examples customarily used by the doctrine to investigate, in a practical way, the possibility of its incidence in the scope of the Brazilian Labour Procedural Law.

Keywords: Defendant Class Actions. Class Action. Collective Labour Law. Procedural Labour Law. Collective Agreement.

INTRODUÇÃO

Se é verdade que a tutela coletiva ativa dos direitos coletivos *lato sensu* (art. 81, parágrafo único, Lei n. 8.078/1990) já constitui tema pacificado na doutrina e jurisprudência nacional²⁰³, o mesmo não se pode dizer em relação às situações em que a coletividade assume o pólo inverso da demanda.

²⁰³ Apesar de não ser tema do presente trabalho, não se pode olvidar da discussão de viés, atualmente, mais histórico que pragmático, acerca do efetivo reconhecimento dos direitos individuais homogêneos como subespécie de direito coletivo. Para aprofundamento do tema, sugere-se a leitura de DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 92-99.

Conforme leciona Vitorelli (2018, p. 02-03), o tema ganhou alento na doutrina nacional a partir da publicação do Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, apresentado por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi.

Ao que parece, todavia, a incorporação do instituto se deu sem maiores estudos sobre o seu funcionamento no país de origem²⁰⁴, no qual – é relevante pontuar - o manejo dessas ações não obteve tanto acolhimento²⁰⁵.

Antonio Gidi (2007, p. 393), nesse ínterim, ressalta que “(...), a *Rule 23* não contém qualquer dispositivo sobre os requisitos, as hipóteses de cabimento e o procedimento a ser adotado nas ações coletivas do lado passivo”.

Fato ainda mais digno de nota: a doutrina nacional pouco se debruça sobre as questões que circundam a existência do instituto, limitando-se a abordagens acerca da legitimidade e/ou coisa julgada (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, p. 557, 2019).

Neste aspecto, é de ressaltar que a importação de institutos de outras realidades (jurídicas, socioeconômicas, políticas etc) não

²⁰⁴ No particular, Edilson Vitorelli argumenta que “a ação coletiva passiva surge na versão de 1966 da *Rule 23*, das *Federal Rules of Civil Procedure*, normas que regulamentam o processo nos tribunais federais. A primeira e mais evidente constatação que se pode fazer, da simples leitura do diploma, faz é a da insuficiência de suas regras quanto às chamadas *defendant class actions*. A *Rule 23* não dedica um único dispositivo a regular as ações coletivas passivas. A lógica da norma é integralmente voltada para a propositura das ações pelos representantes adequados dos grupos, não para a sua defesa. (...)” (VITORELLI, Edilson. *Ações coletivas passivas: por que elas não existem nem deveriam existir?*. *Revista dos Tribunais Online*, 2019. p. 3.).

²⁰⁵ A bem da verdade, afirma Edilson Vitorelli serem as ações coletivas passivas um verdadeiro “fracasso nos Estados Unidos, nos mais de 50 anos em que já vigora”. (VITORELLI, Edilson. *Ações coletivas passivas: por que elas não existem nem deveriam existir?*. *Revista dos Tribunais Online*, 2018. p. 4.).

deve ser incorporado sem maiores reflexões, principalmente quando se possa comprometer direitos e garantias fundamentais.

No caso das ações coletivas passivas, a imposição de “deveres e estado de sujeição coletivos” (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, p. 558, 2019) ocorre em desfavor de uma coletividade composta, muita das vezes, por ausentes; eis aí um dos principais problemas relacionados ao tema.

As ações coletivas passivas, ou ainda processo coletivo passivo, em breve conceituação, correspondem às hipóteses nas quais determinada coletividade figura no polo passivo da demanda, a qual será representada em juízo por um dos componentes desse grupo ou outro representante adequado²⁰⁶.

Também é possível que, em desfavor dessa coletividade de réus, seja pleiteado direitos coletivos *lato sensu*, situação na qual se apresenta, então, duas comunidades, usualmente designada como ação coletiva “derivada” ou “ação duplamente coletiva” (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, p. 558, 2019). Confunde-se posição litigiosa de direito material com a posição processual.

Em outras palavras, o autor, antes réu na ação coletiva originária, não pretende tutelar deveres em face da coletividade agora ré, mas apenas defender e questionar o título executivo formado no processo coletivo originário. Ao menos são estas as hipóteses extraídas da doutrina quando no estudo do tema a partir de abordagens casuísticas²⁰⁷.

²⁰⁶ Na realidade jurídica brasileira, distintamente do que sói acontecer nos Estados Unidos, a legitimidade extraordinária para representação de direitos e interesses coletivos somente é dada aos entes coletivos, os quais estão estabelecidos no rol do art. 5º da Lei n. 7.347/1985 e 82 da Lei n. 8.078/1990.

²⁰⁷ Por exemplo, DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 557-575; RUDINIK NETO, Rogério. *Ação coletiva passiva e ação duplamente coletiva*.

O presente artigo será produzido em observância à linha de pesquisa qualitativa, na perspectiva dedutiva, sob o prisma crítico-metodológico, haja vista que o debate será construído em face da seguinte problemática: diante da omissão normativa holística referente às ações coletivas passivas no microsistema coletivo brasileiro, é possível a incidência do instituto no processo coletivo do trabalho?

Sob esta ótica, a hipótese levantada estudará a possibilidade de aplicabilidade do instituto, inobstante a omissão normativa no ordenamento jurídico brasileiro, mormente no processo do trabalho, foco do presente artigo.

Para tanto, inicialmente serão explanadas questões do microsistema processual coletivo, que explicarão a origem do instituto e suas especificidades, para depois contrapô-lo ao sistema jurídico processual trabalhista brasileiro, para assim refutar argumentos da doutrina nacional, com exemplos práticos do processo coletivo do trabalho.

O marco teórico do presente trabalho é o extraordinário artigo de Edilson Vitorelli “As Ações Coletiva Passivas: por que elas não existem e nem deveriam existir?”, publicado na Revista dos Tribunais Online, em 2018.

1 A POSSIBILIDADE DE AÇÃO COLETIVA PASSIVA NO BRASIL E O MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO.

Inicialmente, mister destacar o aspecto da inexistência de previsão legal, no microsistema de processo coletivo (CDC e

LACP), que permita antever a possibilidade de ajuizamento das ditas ações coletivas do tipo passivo.

Para Violin (2007, p. 66), inobstante a ausência de previsão, *lege lata*, sobre essas ações, a prática forense, em atenção aos ideais de acesso à justiça, vem aceitando o manejo de tais demandas em algumas situações. Tal conduta não parece, contudo, ser digna de reprodução.

A bem da verdade, a leitura mais atenta aos dispositivos das leis que integram o cerne do processo coletivo conduz à conclusão de que, indiscutivelmente, o ordenamento jurídico brasileiro, em momento algum, ampara as ações coletivas passivas²⁰⁸.

Temas como o direito à autoexclusão (*right to opt out*), representação adequada dos interesses dos substituídos, principalmente dos ausentes, extensão e peculiaridades da coisa julgada, dentre outros, constituem, em não raros casos, assuntos tortuosos inobstante a existência de regramento legal - é importante pontuar - relativo às causas coletivas ativas; que dirá, então, ao processo coletivo passivo, do qual, sequer, há resquícios na lei.

Em especial, a capacidade para a melhor defesa e condução dos interesses do grupo, elementos que constituem a chamada representatividade adequada (RUDINIKI NETO, 2015, p. 133),

²⁰⁸ Em razão do art. 83 da Lei n. 8.078/90, que versa sobre a atipicidade dos meios para tutela dos direitos coletivos *lato sensu*, há quem defenda, a partir desse comando, abertura para o manejo das ações coletivas passivas. Ver: CRUZ, Carlos Wagner Araújo Da. *Ação coletiva passiva: possibilidade de aplicação para tutela dos direitos metaindividuais*. São Paulo: LTr, 2017, p. 115.

Contudo, como bem alerta Vitorelli, a admissão do art. 83 refere-se a todas as espécies de de ações, “não todas as espécies de exceções” (VITORELLI, Edilson. Ações coletivas passivas: por que elas não existem nem deveriam existir?. *Revista dos Tribunais Online*, 2018, p. 16.).

encontram bases principiológicas constitucionais caras ao Direito (devido processo legal, ampla defesa, contraditório).

Nesse sentido, o controle da representatividade adequada do ente coletivo condutor da demanda (art. 5º, LACP e art. 82, CDC), além de passar pelo crivo legal (*ope legis*), também deve se submeter à inspeção *in concreto* a ser realizada pelo juiz (*ope judicis*), atenta ao caso, aos grupos e subgrupos substituídos, e principalmente aos “interesses dos ausentes” (GIDI, 2007, p. 399).

Adepto à possibilidade, Gidi (2007, p. 393) não descartou, todavia, a dificuldade de se tratar do tema das ações coletivas do tipo passivo ao afirmar que, nesses casos, “a letra da lei muitas vezes precisa ser distorcida quando se procura aplicá-la para os casos de *defendant class actions*.”

Neste caso, *distorcer* significaria amparar situações em que a lei não seria e/ou deveria ser utilizada.

2 A ORIGEM DAS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS NO DIREITO BRASILEIRO: O “CONTRAEXEMPLO”²⁰⁹ DO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO.

Em que pese o exposto, a doutrina brasileira apresenta uma série de premissas e exemplos que legitimam a aplicação das ações coletivas passivas, *lege lata*, ao direito brasileiro. O cenário mais famoso é aquele ambientando dentro do processo coletivo do trabalho, eis que (supostamente) possível a inserção de um grupo de trabalhadores no polo passivo de uma ação, desde que devidamente representado por um representante adequado.

²⁰⁹ Tal expressão é utilizada por Edilson Vitorelli. Ver: VITORELLI, Edilson. Ações coletivas passivas: por que elas não existem nem deveriam existir?. *Revista dos Tribunais Online*, 2018.

Não obstante, no plano do processo do trabalho, as nuances devem analisadas com mais cautela, por questões ínsitas e peculiares à normativa trabalhista. Afinal, o microsistema de processo coletivo próprio da ordem-jurídico trabalhista, com influxos do direito comparado (vide art. 8º CLT), exige tratamento diferenciado.

Assim, neste tópico explicaremos o porquê do conceito clássico de ação coletiva passiva não parecer se adequar, à primeira vista, ao que dispõe o processo coletivo do trabalho, refutando, para tanto, exemplos e premissas costumeiramente utilizados pela doutrina, que defendem a existência e utilização do instituto.²¹⁰

Neste cenário, a primeira premissa que merece ser desacreditada é a de que a mera existência de um sindicato (legitimado ativo) no pólo passivo de uma demanda configura a ação coletiva passiva.

Nas palavras de Antonio Gidi, as ações coletivas passivas são aquelas ações nas quais figura no polo passiva uma coletividade, acusada de um ilícito (GIDI, 2008, p. 350). Para que esta reste caracterizada, a ação coletiva deve ter por objetivo a possibilidade de imposição de deveres a uma coletividade, seja por intermédio de um representante adequado, seja impondo diretamente ao grupo (GIDI, 2008, p. 350).

Em outras palavras, malgrado a posição processual do representante adequado, para que reste configurada a possibilidade de aplicação de uma ação coletiva passiva, necessário é observar o status passivo da coletividade não apenas na relação processual, mas também na relação material existente entre o terceiro e a sociedade. Ou seja, a figura de um sindicato representante de uma categoria no

²¹⁰ Foram tomados como guia os exemplos oferecidos por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. Ver: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

polo passivo de uma demanda não basta para que tal instituto reste caracterizado.

Assim, muito embora o Processo Coletivo do Trabalho aparente ser o exemplo perfeito de aplicação das ações coletivas passivas no direito brasileiro, a relação material e processual trabalhista possui especificidades que não podem ser ignoradas.

Observe-se, por exemplo, o processo de construção das negociações coletivas do trabalho, no qual o sindicato patronal e o sindicato dos trabalhadores, em conjunto e no exercício da autonomia da vontade (art. 611, CLT), negociam cláusulas e direitos trabalhistas, respeitando os limites da constituição e das leis federais.

Tal processo reflete primordialmente o processo de autocomposição extraprocessual trabalhista coletiva (BEZERRA LEITE, 2019, p. 151), não se tratando de uma situação na qual uma das partes impõe deveres a outra, mas sim de diálogo, sendo esta a verdadeira fonte e nascedouro do Direito do Trabalho, nos séculos XVIII e XIX, nos conhecidos acordo de fábricas. Caso não o consenso não exista, a previsão constitucional é que se instaure o dissídio coletivo, que será analisado pelo Poder Judiciário para que, assim, se alcance resultado adequado e razoável ao conflito.

O dissídio coletivo nada mais é que espécie de ação coletiva conferida a determinados entes coletivos, geralmente sindicatos, para a defesa de interesses cujo titulares materiais não são pessoas individualmente consideradas, mas sim grupos ou categorias econômicas, profissionais ou diferenciadas, visando a criação ou interpretação de normas que irão incidir no âmbito dessas mesmas categorias (BEZERRA LEITE, 2019, p. 1457).

Ao primeiro ver, o dissídio coletivo poderia representar o exemplo perfeito de ação coletiva passiva, afinal, trata-se de ação a qual ambos os polos são ocupados por sindicatos. Contudo, basta

uma análise superficial para perceber que tal ideia não é verdadeira, até mesmo porque nos termos dos art. 114, § 3º da Constituição e 856 da CLT, é permitido ser instaurado pelo Ministério Público do Trabalho ou pelo Presidente do Tribunal Regional do Trabalho, respectivamente, nas hipóteses ali estabelecidas.

Isto pois, para que seja proposto o dissídio perante o Judiciário, a Constituição Federal exige a existência de acordo entre as partes (vide art. 114, §2º, CF/88), não havendo falar de imposição da ação por uma das partes. Desta sorte, a ação de dissídio não possuiria a característica primordial de uma ação coletiva passiva, qual seja, a existência de uma relação passiva material com imposição de deveres de um indivíduo ou grupo a um coletivo.

A doutrina e a jurisprudência trabalhista possuem entendimento uníssono de que o julgamento de dissídio coletivo além de ato formalmente jurisdicional, é ato materialmente legislativo. Isso porque ao Poder Judiciário Trabalhista fora atribuído competência constitucional para fixar regras jurídicas no âmbito das relações laborais, de modo diverso do que ocorre na clássica atuação judicial (GODINHO, 2016, p. 1438). Assim, para Godinho, a sentença coletiva trabalhista é um verdadeiro exercício de atividade legislativa, diferente do que ocorre com a jurisdição civil comum (2016, p. 1438).

Por este motivo, uma sentença normativa trabalhista não pode ser comparada com uma sentença judicial comum produzida no processo coletivo civil e a participação passiva dos sindicatos, nesse contexto, não pode ser utilizada para justificar a existência de uma ação coletiva passiva de caráter genérico no Brasil (VITORELLI, 2018, p. 8).

Outro exemplo equivocado de ação coletiva passiva mencionado pela doutrina são as ações propostas contra os

sindicatos em casos de ilegalidade de greve. Erroneamente afirma-se que as ações desse tipo são coletivas passivas, vez que o sindicato representaria passivamente toda a categoria de funcionários.

Não obstante, neste tipo de procedimento a ação não se volta contra a coletividade, mas sim contra a pessoa jurídica do sindicato ou da empresa, de modo que a natureza desta ação é, em verdade, individual, muito embora seus efeitos sejam coletivos.

Assim, resta claro que as ações relativas à greve e outros movimentos assemelhados, coordenados por associação ou sindicatos, não são ações coletivas passivas, porque se voltam apenas contra a pessoa jurídica organizadora do movimento e apenas contra ela exercem sua eficácia (VITORELLI, 2018, p. 9).

Pelo exposto, à primeira vista, nos parece que o instituto das ações coletivas passivas, nascido no direito americano, merece um estudo mais analítico e verticalizado no processo coletivo do trabalho brasileiro, até sob pena de afrontar a sua matriz epicentral: o caráter tuitivo.

Isto pois, este é sistema jurídico de natureza especial, com especificidades definidas inclusive pela Constituição Federal, pautado pelo princípio *pro labore*, inexistindo exemplos práticos de relações jurídicas trabalhistas que justifiquem a utilização deste instituto em face de trabalhadores brasileiros.

3 A REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA: PARA ALÉM DOS CRITÉRIOS OPE LEGIS E OPE JUDICIS, O ENFRAQUECIMENTO DO MOVIMENTO SINDICAL.

Como já argumentado, para a boa desenvoltura das ações coletivas torna-se imperiosa a aferição da representatividade adequada do ente coletivo na tutela dos direitos e interesses da

coletividade a partir dos filtros legal (art. 5º, Lei n. 7.347/85 e art. 82, Lei n. 8.078/90) e judicial (controle realizado pelo juiz à luz do caso concreto).

Ainda assim, a tarefa de se conciliar as reais vontades e interesses dos substituídos com a atuação do condutor do processo torna-se difícil, muita das vezes, por razões que tangenciam a falha comunicacional entre substituído e substituto, principalmente quando o primeiro não consegue encontrar formas de participação no processo²¹¹.

No âmbito do processo coletivo do trabalho, a legitimidade ativa dos sindicatos conferida diretamente pela Constituição Federal (art. 8º, VI), para representar sua categoria profissional em juízo e defender os seus direitos é unânime. Não obstante, válido é o questionamento acerca da legitimidade dos sindicatos para representar as classes trabalhadoras no polo passivo de uma demanda, cujo propósito não é a defesa e busca por direitos, mas sim a imposição de deveres.

Conforme exposto, as ações coletivas passivas exigem um controle de legitimidade para além do *ope legis*, eis que imprescindível o *ope judicis*, qual seja, a análise minuciosa das circunstâncias do caso concreto.

Desta feita, válido é o questionamento acerca da legitimidade sindical ou empresarial para, *in concreto*, substituir processualmente uma categoria profissional no polo passivo de uma demanda. O contexto atual trabalhista apresenta um notório enfraquecimento sindical²¹², inclusive com perda de credibilidade deste diante de seus

²¹¹ Maiores detalhes em: VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2019.

²¹² Sobre o enfraquecimento sindical, ver: MORAES, Aldenise Paula de Freitas. A legitimidade dos sindicatos e das associações na defesa dos direitos coletivos dos

substituídos, de modo que um questionamento, acerca da força desses entes para representar toda uma classe, diante de uma situação que gerará deveres e ônus para os seus substituídos, deve ser analisada com cautela.

CONCLUSÃO

Diante do estudo ora desenvolvido, percebe-se que a ação coletiva passiva, com origem nas *defendant class actions* prevista na *Rule 23* dos EUA - de rara utilização até mesmo em seu país de origem -, não encontra um correspondente nas leis que integram o microsistema processual coletivo (Lei n. 7.347/85 e Lei n. 8.078/90), como bem arremata Edilson Vitorelli.

O que usualmente ocorre aqui, na realidade brasileira, é a confusão entre posições litigiosas de direito processual e material; é a consequência do transporte irrestrito e, muita das vezes, mal articulado de institutos alienígenas.

Noutro vértice, tem-se no processo do trabalho abertura expressa ao direito comparado no art. 8º, da CLT, que inexistente na conjuntura processual cível. Diante disso, torna-se obrigatória a continuidade da pesquisa ora iniciada a partir de uma análise mais profícua, analítica, acerca da (in)utilização do instituto na seara normativa trabalhista. Eis que neste texto emerge a temática que deve ser discutida no âmbito processual laboral.

Seja como for, o adequado desenvolvimento de temas como representação adequada dos interesses dos substituídos, principalmente dos ausentes, e o enfraquecimento do movimento

sindical, sensíveis às ações coletivas ativas, deverão ser prioritários no tratamento e desenvolvimento do instituto. Do contrário, espera-se que grupos mais vulneráveis, de uma sociedade já bastante estratificada e desigual, continuem submetidos a severas restrições e injustiças.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Lei de Ação Civil Pública. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm>. Acesso em: 23 jul. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.425, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 01 de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 20 ago. 2020.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**. São Paulo: RT, 2007.

GIDI, Antonio. **Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho** - 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARANHÃO, Ney. Direito fundamental ao equilíbrio do meio ambiente do trabalho. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães; WOLFGANG SARLET, Ingo; MARANHÃO, Ney; FENSTERSEIFER, Tiago (Coords). **Direito Ambiental do trabalho: apontamentos para uma teoria geral**, v. 5. São Paulo: LTr, 2020. p. 119-126.

RUDINIK NETO, Rogério. **Ação coletiva passiva e ação duplamente coletiva**. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

VIOLIN, Jordão. **Ação coletiva passiva: fundamentos e perfis**. Monografia (requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, do Setor de Ciências Jurídicas) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007.

VITORELLI, Edilson. Ações coletivas passivas: por que elas não existem nem deveriam existir?. **Revista dos Tribunais Online**, 2018.

**A (IN)SUFICIÊNCIA DA DECLARAÇÃO PESSOAL
DE POBREZA PARA CONCESSÃO DOS
BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA APÓS A
REFORMA TRABALHISTA**

***THE (IN)SUFFICIENCY OF THE PERSONAL
DECLARATION OF POVERTY TO GRANT THE
BENEFITS OF FREE JUSTICE
AFTER THE LABOR REFORM***

*Ricardo Miguel Sobral*²¹³

*Arantcha de Azevedo Sanchez*²¹⁴

*Inara Alves Pinto da Silva*²¹⁵

*Samuel Modesto Marcacine Neiva*²¹⁶

RESUMO

A partir da vigência da Lei nº 13.467/17, denominada lei da “Reforma Trabalhista”, tem-se que, sob a ótica do direito constitucional do acesso à justiça, muitos reflexos e consequências foram observados no âmbito jurídico laboral em decorrência das profundas alterações legislativas, principalmente no tocante aos critérios estabelecidos para a concessão

²¹³Bacharel em Direito e Administração. Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Doutor em Administração pela Faculdade de Economia, Administração e contabilidade de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FEARP-USP). Pós-doutorado em administração pela FEARP-USP. E-mail: sobral@usp.br.

²¹⁴Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. E-mail: arantcha@usp.br.

²¹⁵Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. E-mail: inara.alves@usp.br

²¹⁶Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. E-mail: samueldomesto@usp.br.

dos benefícios da justiça gratuita em virtude da atual redação conferida ao art. 790, §§3º e 4º da Consolidação das Leis do Trabalho. No presente de trabalho, busca-se averiguar a declaração de insuficiência de recursos firmada por pessoa natural enquanto prova apta a atender ao requisito do §4º do art. 790, segundo o qual para a concessão dos benefícios da justiça gratuita é necessário que a parte comprove a insuficiência de recursos para pagar as custas do processo. Para tanto, analisa-se o referido dispositivo em consonância com o sistema jurídico brasileiro, sobretudo em relação às disposições do Código de Processo Civil de 2015, assim como julgados de Tribunais Trabalhistas que adotam posições divergentes.

Palavras-chave: Justiça gratuita; Assistência judiciária gratuita; Declaração de hipossuficiência.

ABSTRACT

Since Law nº 13.467/17, known as the “Labor Reform” law, came into being, from the perspective of the constitutional right of access to justice, many reflexes and consequences have been observed in the legal field of employment due to the profound changes laws, mainly with regard to the criteria established for granting the benefits of free justice due to the current wording given to art. 790, §§3 and 4 of the Consolidation of Labor Laws. In the present work, we seek to ascertain the declaration of insufficiency of resources signed by a natural person as proof able to meet the requirement of §4 of art. 790, according to which for the granting of the benefits of free justice it is necessary that the party proves the insufficiency of resources to pay the costs of the process. To this end, the aforementioned provision is analyzed in line with the Brazilian legal system, especially in relation to the provisions of the 2015 Code of Civil Procedure, as well as judgments of Labor Courts that adopt divergent positions.

Keywords: Free justice; Free legal aid; Declaration of hyposufficiency.

INTRODUÇÃO

O exercício do direito constitucional de acesso à justiça vem sendo construído nacionalmente por um extenso período histórico em que as legislações colaboraram para que se consolidasse o direito fundamental expresso, atualmente, no artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição da República de 1988, segundo o qual “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

De tal forma, como destaca Weintraub (2000, p. 241-242), desde as Ordenações Filipinas, que vigoraram no Brasil até o advento do Código Civil de 1916, a assistência judiciária gratuita já vinha sendo discutida e trazida em seus escopos como forma de garantir o chamado “princípio da gratuidade dos serviços advocatícios”. Contudo, é importante o destaque para a sua abrangência no âmbito ligado ao apreço social, e não no campo processual, fundamentando-se na função de caridade, sendo que a previsão expressa como direito individual ocorreu com a Constituição de 1934.

Durante a primeira metade do século anterior, as Constituições que seguiram buscaram o aperfeiçoamento o instituto, com exceção do Texto de 1937, no qual o tema foi suprimido, não havendo, portanto, a recepção, rerepresentando-se novamente apenas no art. 141 da Constituição de 1946. Já em sede do ordenamento infraconstitucional para o mesmo período, o Código de Processo Civil de 1939, já incluía o tema da justiça gratuita, evidenciando os procedimentos nos quais haveria desígnio para a sua aplicação.

Posteriormente, com as Leis nº 1.060/1950 e 5.584/1970, referente às pretensões de gratuidade judiciária, respectivamente para as justiças comum e trabalhista, sendo a primeira responsável por estabelecer “normas para a concessão de assistência judiciária aos

necessitados” e a segunda uma reforma que franqueou o acesso por meio de assistência sindical e reconheceu, em seu art. 18, que a abrangência também se dá aos trabalhadores desassistidos pelo órgão de classe.

Gradualmente, houve o reconhecimento da importância do processo histórico para a consolidação do tema, no que diz respeito à sua abrangência tanto pelas Constituições quanto pelas normas infraconstitucionais, em território nacional. Não obstante se verifica o reconhecimento, inclusive internacional, de que o acesso à justiça é um direito humano e expressamente disposto em outros Diplomas.

Assim, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pacto de San José da Costa Rica), ratificada pelo Brasil em 1992, trazem em sua égide o aparato para elucidação da gratuidade judiciária, quando fomentam dispositivos para a proteção dos direitos fundamentais, da igualdade no acesso e nos procedimentos dos tribunais e para a imparcialidade das decisões, por exemplo (GOSDAL, 2020, p. 41).

Concluindo, dentro desse complexo normativo, sob a ótica da atual Constituição da República, qual seja a de 1988, se observa em seus dispositivos o amparo necessário para a garantia do direito fundamental, embasando o instituto tanto no art. 5º, inciso LXXIV como na previsibilidade em relação à criação das Defensorias Públicas, conforme artigo 24, inciso XIII (WEINTRAUB, 2000, p. 243). Outrossim, importante salientar que o direito à assistência judiciária gratuita, além de previsto expressamente no Texto Constitucional, é regulado por leis infraconstitucionais, a interesse deste artigo, frisa-se a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei nº 5.452/1943), o atual Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e a denominada Lei da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017).

Nesse viés, cumpre esclarecer que assistência judiciária gratuita e justiça gratuita não são expressões sinônimas e, por isso, imprescindível distinguir esses dois institutos jurídicos. A assistência judiciária gratuita designa gênero da qual a justiça gratuita ou gratuidade judiciária é espécie. A assistência judiciária gratuita apresenta maior amplitude, pois se refere ao direito de a parte receber a prestação gratuita de serviços jurídicos, além da isenção das custas e despesas processuais (VEIGA, 2018, p. 54).

Na esfera trabalhista, é importante destacar que o tema se faz presente na supracitada Lei nº 5.584/1970, que dispõe sobre normas de Direito Processual do Trabalho e regulamenta a concessão e prestação de assistência judiciária na Justiça do Trabalho. O art. 14 da respectiva lei prevê que a assistência judiciária aos necessitados “será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador”. Diante disso, é possível constatar que, tradicionalmente, incumbe ao sindicato a concretização do direito fundamental em comento por meio prestação dos serviços jurídicos aos trabalhadores (LEITE, 2019, p. 768-770).

A justiça gratuita, por sua vez, reflete a possibilidade da parte expressamente não arcar com as despesas processuais elencadas no art. 98, §1º do CPC/2015 em razão da insuficiência de recursos (VEIGA, 2018, p. 55). À luz do ordenamento jurídico pátrio, os benefícios da justiça gratuita podem ser concedidos tanto para pessoas naturais quanto para pessoas jurídicas (Súmula 463 do TST). Ademais, via de regra, a concessão dos benefícios pode ser por ato *ex officio* do magistrado ou a requerimento das partes, a qualquer tempo e em qualquer jurisdição, desde que os preenchidos os requisitos legais (Orientação Jurisprudencial 269 da SBDI-I do TST).

Em 2017, com a entrada em vigência da lei da Reforma Trabalhista, ocorreram profundas alterações no texto legal no que

concerne ao deferimento dos benefícios da justiça gratuita, notadamente pela redação dada aos §§3º e 4º do art. 790 da CLT. Atualmente, assim dispõe a legislação trabalhista vigente:

§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de **qualquer instância** conceder, a **requerimento** ou de **ofício**, o **benefício da justiça gratuita**, inclusive quanto a traslados e instrumentos, **àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.**

§ 4º O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que **comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.** (Grifos nossos).

Dessa forma, a partir da vigência da Lei nº 13.467/17, ou “Reforma Trabalhista”, surgiram dúvidas e debates acerca dos requisitos estabelecidos para a concessão dos benefícios da justiça gratuita, sobretudo porque referem-se aos dispositivos infraconstitucionais ligados diretamente aos direitos constitucionais de acesso à justiça e à assistência judiciária gratuita. Como desdobramento, urge a necessidade de definir parâmetros interpretativos aos §§3º e 4º do art. 790 da CLT com o fito de colocá-los em consonância com os princípios constitucionais e com as disposições do novel CPC/15, porquanto as normas não devem ser interpretadas de forma isolada, mas no contexto do sistema jurídico no qual estão inseridas.

Isto posto, no presente artigo visa-se perquirir, especialmente, sobre a interpretação do art. 790, §4º, da CLT, uma vez que exige a comprovação da insuficiência de recursos para concessão dos benefícios da justiça gratuita. Neste particular, emerge a discussão sobre a possibilidade de a declaração de pobreza tornar-se meio de prova suficiente para concessão do benefício. Tal entendimento deriva

da interpretação sistemática entre a CLT (arts. 769; 790, §4º) e o CPC (art. 15; art. 99, §3º), que, inclusive, embasou decisões recentes proferidas pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), conforme articulado adiante. Em suma, com base no método descritivo, analisar-se-á os embates e doutrinários e jurisprudenciais a fim de concluir qual interpretação harmoniza-se com ordem constitucional inaugurada pós-88.

1 CRITÉRIOS PARA CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA

Inicialmente, ainda no período da *vacatio legis*, surgiram duas correntes de interpretação dos §§3º e 4º do art. 790 do diploma celetista (CORREIA, MIESSA, 2017, p. 696). A primeira corrente defende a interpretação cumulada entre os referidos parágrafos, de modo que o deferimento do benefício da justiça gratuita somente será possível quando a parte perceber salário igual ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social (RGPS) e, além disso, comprove condição de hipossuficiência econômica no bojo do processo instaurado. Trata-se, pois, de deferimento ou indeferimento decidido com base em critério objetivo.

Contudo, essa interpretação promove a “descaracterização” do que é pautado no texto constitucional (GODINHO, 2017, p. 49), uma vez que limita a concessão do benefício à critério puramente matemático (salário inferior ou igual a 40% do teto do RGPS). Em suma, restringe demasiadamente a concessão dos benefícios, mormente porque impede a apreciação do magistrado a respeito das condições materiais da parte, em afronta ao princípio da isonomia processual, ante a real possibilidade de que o trabalhador que receba salário superior ao teto não consiga arcar com as despesas do processo sem prejuízo do seu

sustento. Em que pesem as críticas, há julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (TRT-2) que se coaduna com a interpretação dessa corrente:

JUSTIÇA GRATUITA. REQUISITOS. A despeito do entendimento pessoal deste Relator, adota-se posicionamento no sentido de que para as ações ajuizadas a partir da vigência da Lei nº 13.467/2017, os **benefícios da Justiça gratuita somente poderão ser concedidos quando preenchidos os requisitos objetivos do art. 790, § 3º**, da CLT. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TRT-2 - Agravo de Instrumento: 1001197-63.2018.5.02.0065/SP. Relator: Juiz Paulo Eduardo Vieira de Oliveira. Terceira Turma, DEJT 30/06/2020). (Grifos nossos).

Por outra via, a segunda corrente postula que os §§3º e 4º do art. 790 devem ser interpretados separadamente, de forma independente, o que enseja a definição de dois critérios alternativos para o deferimento dos benefícios da justiça gratuita: objetivo (receber “salário igual ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do RGPS”) e subjetivo (“comprovar a insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo”).

Assim, a interpretação moldada pela referida corrente possibilita maior efetivação dos direitos fundamentais (art. 5º, XXXV e LXXIV) por duas razões principais. A uma, ao afastar-se de critério puramente matemático, permite a concessão do benefício aos litigantes que recebem salário superior ao teto legal, conforme suas condições financeiras. A duas, o §4º viabiliza a concessão da Justiça gratuita também às pessoas jurídicas, na medida em que estas não recebem salário, o que afasta a incidência do critério objetivo insculpido no §3º (CORREIA; MIESSA; 2017).

Nessa perspectiva, há controvérsias quanto aos meios de provas a serem utilizados para comprovação da insuficiência de recursos da

pessoa natural. Isto é, ainda que apresentados os requisitos a serem observados para concessão da gratuidade judiciária, emerge o embate quando compara-se o teor do artigo 790, §4º, da CLT com as disposições relativas à gratuidade judiciária constantes do CPC/2015. Pelo último Diploma, é possível que os benefícios sejam concedidos com base na declaração de hipossuficiência emitida aos autos, pois, pelo exposto no art. 99 e seus parágrafos, não há necessidade de apresentação de outros documentos, salvo nos casos de indeferimento ou impugnação da parte contrária, presumindo-se como verdadeiro o instrumento apresentado (art. 99, §3º, CPC/15).

Nesse aspecto, importante salientar a existência da Súmula 463 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), editada após a entrada em vigor do Estatuto Processual Civil de 2015 e antes da vigência da lei da Reforma Trabalhista, que versa sobre a comprovação devida para obtenção da assistência judiciária gratuita, pela qual, *in verbis*:

I – A partir de 26.06.2017, para a concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa natural, **basta a declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu advogado**, desde que munido de procuração com poderes específicos para esse fim (art. 105 do CPC de 2015);

II – No caso de pessoa jurídica, não basta a mera declaração: é necessária a demonstração cabal de impossibilidade de a parte arcar com as despesas do processo. (Grifos nossos).

Desse modo, de acordo com o preceito sumular, é nítida a suficiência da declaração de hipossuficiência econômica, que pode ser realizada pela própria parte ou por seu representante legal (procurador), observando-se a necessidade de adequada representação. Resta indagar se, com o advento da lei da Reforma Trabalhista, a declaração basta para comprovação da “insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo”. Em caso de resposta positiva, a súmula segue

válida. Caso contrário, o entendimento consubstanciado na Súmula 463 do TST resta prejudicada pelo advento da nova lei.

O questionamento será respondido em conformidade com a relação interpretativa que se pretende estabelecer as regras processuais da CLT e as regras do processo civil. Nesse ínterim, surgem duas respostas possíveis a partir da forma pela qual se interpreta o art. 15 do CPC (segundo o qual “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”) e o art. 769 da CLT (reza o seguinte: “nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”). Nota-se que o tema é controvertido, inclusive, no âmbito dos Tribunais Trabalhistas.

1.1 Interpretação restritiva do art. 769 da CLT: há norma específica na CLT?

A princípio, o questionamento trazido é respondido pela própria legislação, já que pelo teor do dispositivo legal (art. 790, §4º) não bastaria apenas a apresentação da declaração de hipossuficiência pela parte, sendo imprescindível a apresentação de documentação probatória da condição de hipossuficiência econômica. Esse entendimento fulcra-se, preponderantemente, no critério da especialidade (art. 2º, §2º, LINDB), em função da presença de norma especial na CLT, o que afasta a incidência da norma geral do CPC (art. 99, §3º).

Nesse ínterim, privilegia-se a interpretação gramatical da lei, na medida em que comprovação significa “ato de comprovar, ou de demonstrar com provas, a veracidade do ato ou a existência do alegado” (OTHON SIDOU, 2016, p. 230).

Ato contínuo, tal posição fundamenta-se na interpretação restritiva do alcance do art. 769 da CLT. Para os adeptos dessa corrente, apenas é permitida a aplicação subsidiária das normas do Processo Civil quando houver omissão da legislação processual trabalhista. Corolário lógico, “somente se admite a aplicação do CPC quando houver a chamada lacuna normativa” (SCHIAVI, 2017, p. 45). Em síntese, a norma especial da CLT (art. 790, §4º), em sua literalidade, exige, além da declaração de hipossuficiência, a apresentação de provas a fim de comprovar a insuficiência de recursos. A apresentação de provas torna-se ainda mais pertinente quando o trabalhador recebe salário superior a 40% do limite dos benefícios do RGPS, ou seja, não enquadra-se no critério objetivo da presunção legal de pobreza.

Nesse sentido, convém trazer à baila, acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho que compartilham do entendimento ora articulado. A título exemplificativo, cita-se Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (TRT-2), que adotou a seguinte *ratio decidendi*:

Tendo em vista o que estabelece o art. 790 da CLT, com a redação dada pela Lei 13.467/17, para aqueles que recebam, ou tenham percebido na vigência do contrato de trabalho, salário superior a 40% do teto máximo da Previdência Social, **há necessidade de efetiva comprovação de insuficiência de recursos para o não pagamento das custas processuais.** (TRT-2 - RO: 1000173-35.2020.5.02.0063/SP. Relator: Desembargador Sérgio José Bueno Junqueira Machado. Nona Turma, DEJT 30/07/2020). (Grifos nossos).

No julgado acima, a reclamante interpôs recurso ordinário em face da sentença para reformá-la e que fosse dado provimento, dentre outros pedidos, ao requerimento do benefício da gratuidade judiciária. No entanto, o último salário recebido pela parte autora correspondia ao montante R\$ 3.064,97, valor acima de 40% do limite máximo dos benefícios Regime Geral de Previdência Social (art. 790, §3º da

CLT)²¹⁷. Por conseguinte, seria necessário que a reclamante comprovasse que não tem condições de arcar com as custas processuais sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família, não bastando apenas a apresentação da declaração de pobreza. O TRT-2 interpretou o art. 790, §4º da CLT de forma literal e indeferiu o pedido de justiça gratuita da reclamante.

Ademais, há pronunciamento semelhante do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região (TRT-7), nos seguintes termos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO ORDINÁRIO. JUSTIÇA GRATUITA. PESSOA FÍSICA OU JURÍDICA. COMPROVAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS. EXIGÊNCIA. ART. 790, §§3º E 4º DA CLT. **A mera declaração de hipossuficiência não mais se presta a comprovar o estado de miserabilidade da parte** - pessoa natural, suficiente a lhe ensejar o deferimento de gratuidade judiciária. Com a entrada em vigor da Lei 13.467/2017, que tratou do tema especificamente, a concessão do benefício da justiça gratuita somente é facultada "àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social" (§ 3º do art. 790 da CLT), ou "à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo" (§ 4º do art. 790 da CLT). **Se a parte, pessoa física ou jurídica, não apresentar prova cabal da alegada situação deficitária, embora tenha declarado insuficiência de recursos, não lhe serão assegurados os benefícios da gratuidade processual.** Agravo de instrumento improvido. (TRT-7 - Agravo de Instrumento em Recurso Ordinário: 0000334-36.2018.5.07.0017/CE. Relator: Desembargadora Maria Roseli Mendes Alencar. Primeira Turma, DEJT 13/07/2020). (Grifos nossos).

²¹⁷ Em 2020, o limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social corresponde ao montante de R\$ 6.101,06 (art. 2º, Portaria nº 914 do Ministério da Economia). Logo, 40% do limite dos RGPS equivale a R\$ 2.440,42.

Nesse caso, a reclamante interpôs recurso ordinário com vistas ao deferimento do pedido de justiça gratuita. O colegiado afirmou que, com a Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017), as disposições sobre os benefícios da justiça gratuita foram alteradas, sendo agora necessário comprovar a insuficiência em arcar com as custas processuais (art. 790, §4º da CLT). A reclamante apenas apresentou a declaração de hipossuficiência, não anexando documentos capazes de demonstrar seu estado de necessidade. Em razão disso, o colegiado indeferiu, por unanimidade, o pedido do reclamante em reconhecer o direito aos benefícios da justiça gratuita.

Elucidadas as teses que embasam a posição de que a mera declaração de pobreza não constitui meio de prova suficiente da condição de hipossuficiência econômica, assim como demonstrada a aplicação desse entendimento pelos tribunais, convém passar ao exame da outra corrente.

1.2 Interpretação ampliativa do art. 769: interpretação sistemática entre CLT e CPC?

Em sentido contrário, defende-se a interpretação sistemática entre o art. 790, §4º, da CLT, e o art. 99, §3º, CPC, de modo a concluir que basta a declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu advogado para concessão do benefício da gratuidade judiciária, nos ditames da Súmula 463 do TST. Nessa senda, a interpretação sistemática refere-se à análise da norma jurídica de acordo com o sistema em que se encontra inserida, isto é, em harmonia com as outras disposições normativas, e não de forma isolada (FERRAZ JÚNIOR, 2018).

É notória que tal forma de interpretação ampara-se na interpretação evolutiva, sistemática ou ampliativa do art. 769 da CLT.

A esse respeito, Mauro Schiavi (2017, p. 45) preleciona que a supracitada teoria:

[...] permite a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao Processo do Trabalho quando houver as lacunas ontológicas e axiológicas da legislação processual trabalhista. **Além disso, defende a aplicação da legislação processual civil ao processo do trabalho quando houver maior efetividade da jurisdição trabalhista.** Essa vertente tem suporte nos princípios constitucionais da efetividade, duração razoável do processo e acesso real e efetivo do trabalhador à Justiça do Trabalho, bem como no caráter instrumental do processo. (Grifos nossos).

Por meio desse posicionamento busca-se promover a aproximação entre o processo trabalhista e processo civil com o afincado, por meio de interpretação sistemática e teleológica, extrair os benefícios obtidos na legislação processual civil e aplicá-los ao Processo do Trabalho. Contudo, há de se destacar que, em qualquer hipótese, as normas do CPC devem ser compatíveis com a lógica formal do procedimento trabalhista²¹⁸. Daí evidencia-se o porquê de se afirmar que o entendimento segundo o qual a simples declaração de insuficiência de recursos feita pela pessoa física é eficaz para incidir a presunção relativa de miserabilidade, na medida em que não se verifica conflito entre as leis, a denominada antinomia.

Ademais, imperioso frisar que o art. 15 do CPC prevê a aplicação supletiva e subsidiária de suas normas quando houver omissão da legislação que regula o processo trabalhista. Aplicação supletiva deve ser compreendida como a aplicação do CPC quando a lei

²¹⁸ Por exemplo, LAURINO (2015, p. 162-3) realça que “não tem aplicação o artigo 459 do novo Código de Processo Civil, que permite aos advogados formular as perguntas diretamente às testemunhas, já que o artigo 820 da Consolidação tem disposição diferente sobre a matéria”.

processual trabalhista disciplinar o instituto processual de maneira incompleta. Nesse caso, o Código de Processo Civil será aplicado de forma complementar, aperfeiçoando o processo do trabalho. Por outro lado, aplicação subsidiária diz respeito à aplicação do CPC quando a CLT e as leis processuais trabalhistas extravagantes não disciplinarem determinado instituto processual. Trata-se, pois, de ausência total de previsão de institutos processuais na legislação processual trabalhista (LAURINO, 2015, p. 159).

Assim, pode-se falar na harmonização entre o art. 790, §4º, da CLT, e o art. 99, §3º, CPC, posto que o diploma celetista não regula a forma pela qual deve ser realizada a comprovação da insuficiência de recursos, sequer apresenta rol exemplificativo de documentos aptos a comprovar a condição econômica vulnerável.

Em sede jurisprudencial, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) já se pronunciou sobre tal matéria, optando expressamente pela posição ora comentada. Exemplificativamente, cite-se o acórdão prolatado no bojo do processo nº 1002229-50.2017.5.02.0385. O reclamante interpôs recurso de revista contra o acórdão proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (TRT-2), que não concedeu o benefício da justiça gratuita pela declaração de pobreza. O Tribunal Superior trouxe a interpretação acerca das legislações e atos normativos que regulavam e regulam o instituto da gratuidade da justiça, como a Lei nº 1.060/50 e a Consolidação das Leis do Trabalho antes e depois da Reforma Trabalhista. Nesse sentido, o colegiado debateu que a redação do art. 790, §4º da CLT introduziu condição menos favorável à pessoa natural em comparação com o Código de Processo Civil. Essa situação reflete um “retrocesso social” em relação ao trabalhador, ecoando na dificuldade do acesso à justiça.

Fora abordado ainda, que o art. 790, §4º da CLT deve ser aplicado concomitantemente com as normas previstas na Constituição

Federal, no Código de Processo Civil e na própria CLT. Assim, por unanimidade, o TST decidiu que a mera declaração de pobreza basta para que seja concedido à parte o benefício da assistência judiciária gratuita, sob fundamento do art. 790, §4º da CLT, art. 99, §3º do CPC/2015 e da Súmula 463 do TST. Dito isso, colaciona-se passagem pertinente da fundamentação do acórdão:

(...) Assim, a par da questão da constitucionalidade ou não do § 4º do art. 790 da CLT, a aplicação do referido dispositivo não pode ocorrer isoladamente, mas sim deve ser interpretado sistematicamente com as demais normas, quer aquelas constantes na própria CLT, quer aquelas previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Civil. Dessa forma, à luz do que dispõe o próprio § 3º do art. 790 da CLT c/c com os arts. 15 e 99, § 3º, do CPC, entende-se que a comprovação a que alude o § 4º do art. 790 da CLT pode ser feita mediante a simples declaração da parte, a fim de viabilizar o pleno acesso do trabalhador ao Poder Judiciário, dando, assim, cumprimento ao art. 5º, XXXV e LXXIV da Constituição Federal. Isso porque não se pode atribuir ao trabalhador que postula, junto a esta Especializada, uma condição menos favorável àquela destinada aos cidadãos comuns que litigam na justiça comum, sob pena de afronta ao princípio da isonomia, previsto no caput do art. 5º da CF. (TST - Recurso de Revista: 1002229-50.2017.5.02.0385. Relator: Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte. Terceira Turma, DEJT 07/06/2019).

Outro exemplo pertinente advém do julgamento do Recurso de Revista nº 340-21.2018.5.06.0001 também do TST, em que se que analisou, mais uma vez, a aplicação do art. 790, §4º da CLT, art. 99, §3º do CPC/2015 e da Súmula nº 463 do TST.

O banco (reclamado) interpôs o recurso contra a decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (TRT-3). Isso porque foram concedidos ao reclamante os benefícios da justiça gratuita com base na mera declaração de pobreza. Diante da relevância

jurídica do tema, o TST, ao analisar o mérito, enfatizou que a redação do art. 790, §4º da CLT pode ser aplicada em concordância com o art. 99, §3º do CPC/2015 sob fundamento do art. 15 do CPC/2015 e art. 769 da CLT. Como dito alhures, os respectivos artigos estabelecem que o Código de Processo Civil será aplicado de forma subsidiária e supletiva na ausência das normas processuais trabalhistas.

Sendo assim, neste julgamento, o Tribunal decidiu, por unanimidade dos votos, que a comprovação de insuficiência prevista no art. 790, §4º da CLT pode ser realizada por meio da declaração de hipossuficiência. De tal forma, basta que a parte apresente a declaração para a comprovação de que não tem condições financeiras de arcar com as despesas processuais, sendo concedida a justiça gratuita. Veja-se:

(...) Nesse contexto, a simples afirmação do reclamante de que não tem condições financeiras de arcar com as despesas do processo autoriza a concessão da Justiça gratuita à pessoa natural. Enfatiza-se, por fim, que o banco recorrente nada provou em sentido contrário, limitando-se a negar validade à declaração de pobreza feita pelo reclamante, sem nada alegar de substancial contra ela e seu conteúdo. Não cabe, portanto, a esta instância de natureza extraordinária afastar, sem nenhum elemento concreto em contrário, a conclusão de ambas as instâncias ordinárias sobre o fato de ser o reclamante pobre em sentido legal. Recurso de revista conhecido e desprovido”. (TST - Recurso de Revista: 340-21.2018.5.06.0001. Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta. Segunda Turma, DEJT 28/02/2020).

Como se nota, a posição adotada pelo TST se presta a embasar a concessão dos benefícios da justiça gratuita pelas Cortes Regionais. Cita-se o Recurso Ordinário nº 1000704-45.2019.5.02.0714, no qual entende-se que a simples declaração de que a parte não tem condições de arcar com as custas processuais, presume-se verdadeira (art. 99, §3º

do CPC) e, assim, é possível conceder os benefícios da justiça gratuita, *in verbis*:

Benefício da Justiça Gratuita postulado por pessoa natural. Indeferimento. Requisitos. **Havendo declaração de pobreza formulada por pessoa natural, presume-se sua veracidade** (art. 99, § 3º, CPC e Súmula 463, I, C. TST). Segundo iterativa, notória e atual jurisprudência do C. TST (todos precedentes posteriores a 11/11/2017), o indeferimento do benefício nesta hipótese somente pode ocorrer se a parte contrária impugnar o pedido e provar que o declarante está em condição econômica que não lhe permita afirmar pobreza, confirmando, assim, os termos da referida Súmula. (TRT-2 - Recurso Ordinário: 1000704-45.2019.5.02.0714/SP. Relator: Desembargador Antero Arantes Martins. Sexta Turma, DEJT 14/07/2020). (Grifos nossos).

Nada obstante, o Agravo de Instrumento em Recurso Ordinário nº 0000616-79.2019.5.07.0004, do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região (TRT-7), firmou entendimento semelhante ao exposto acima:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO ORDINÁRIO. PESSOA FÍSICA. JUSTIÇA GRATUITA. COMPROVAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA DO OBREIRO. ÔNUS DA PROVA. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça (Art. 98, NCPC). No que respeita às normas de acesso do trabalhador à Justiça do Trabalho, a Lei nº 13.467/17 alterou e introduziu modificações à CLT, como estampam os parágrafos 3º e 4º do art. 790 Consolidado. Ademais, **a comprovação da ausência de condições de litigar em Juízo sem prejuízo do sustento do trabalhador ou de sua família, como preconiza o § 4º, do art. 790 da CLT, encontra lugar na formulação de simples declaração, a qual se presumirá verdadeira, salvo prova em contrário, entendimento que se harmoniza, inclusive, com o art. 99, § 3º, do CPC.**

Portanto, tendo em vista que está contida nos autos declaração de hipossuficiência da parte reclamante, afirmando que não estar em condições de pagar as despesas processuais, sem prejuízo do seu próprio sustento e de sua família, e que a reclamada não trouxe nenhuma prova que contrarie as alegações do autor, reforma-se a sentença para conceder ao obreiro os benefícios da justiça gratuita e por conseguinte, isenção no pagamento das custas processuais, merecendo reforma a decisão que denegou ao obreiro os benefícios da justiça gratuita e considerou o recurso ordinário deserto. (TRT-7 - Agravo de Instrumento em Regime Ordinário: 0000616-79.2019.5.07.0004/CE. Relator: Desembargador Francisco José Gomes da Silva. Segunda Turma, DEJT 13/07/2020). (Grifos nossos).

É possível observar que nesse julgado, o art. 790, §4º da CLT também foi aplicado em consonância com o art. 99, §3º do CPC. O reclamante apresentou a declaração de hipossuficiência alegando não ter condições de custear as despesas processuais, assim, o colegiado entendeu que a mera declaração se presume verdadeira. Além disso, o Tribunal enfatizou o art. 5º, LXXIV da CF/88, no qual prevê que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. E como o reclamante declarou não ter condições de arcar com as despesas do processo sem prejuízo de seu sustento e de sua família, e a parte demandada não apresentou elementos de prova capazes de comprovar o contrário, o direito ao benefício da justiça gratuita foi deferido ao trabalhador.

A corrente em comento possui maior alinhamento com os ditames constitucionais. Isso porque a lei deve ser interpretada em consonância com o sistema jurídico no qual está inserida. Reitera-se, aqui, que princípios constitucionais irradiam sobre ordenamento jurídico e, sendo assim, a presente interpretação facilita a concretização do direito fundamental à assistência judiciária gratuita. Além disso,

caso adotada a posição articulada anteriormente (vide item 1.1), chegar-se-ia a um cenário de impor ao trabalhador “uma condição menos favorável àquela destinada aos cidadãos comuns que litigam na justiça comum”, conforme apontado pelo TST (RR-340-21.2018.5.06.0001).

Por fim, não se olvida das controvérsias, pois, como pontuado, apesar do entendimento que tende a ser predominante no TST, há julgados dos mesmos Tribunais Regionais do Trabalho que adotam posições divergentes (o TRT-2 e o TRT-7 foram tomados como exemplo). Contudo, em vista do direito pátrio em seu todo, acredita-se que a Lei da Reforma Trabalhista não afeta o entendimento consubstanciado na Súmula 463 do TST.

CONCLUSÃO

Em análise das implicações e ajustes decorrentes da Reforma Trabalhista no âmbito do processo do trabalho, principalmente nas restrições impostas quanto à acessibilidade ao judiciário de forma gratuita, podemos observar dois pontos. Se de um lado a Lei 13.467/2017 se pautou na ideia de modernização da legislação, alegando a carência de normas que solucionassem os novos impasses emergentes no atual contexto, por outra ótica, mesmo diante do dever de observância dos princípios que visam garantir a melhoria e a confirmação dos direitos laborais, trouxe normas que desfavorecem o trabalhador.

Assim, denota-se a primazia social e a tentativa de isonomia com a garantia de acesso à justiça defendida pela Carta Magna. Contudo, há de se atentar ao fato de que, muitas vezes, determinadas garantias estabelecidas não encontram suporte consolidado para que haja aplicação efetiva ou são limitadas por textos específicos em função de determinadas áreas, fazendo com que seja assistido um fenômeno de

retrocesso ou mitigação de direitos conquistados, como podemos observar na esfera trabalhista, no que diz respeito ao acesso à justiça.

Nessa seara, conforme desenvolvido ao longo do presente artigo, diante dos requisitos postos para concessão da gratuidade judiciária pelo diploma celetista, surge a controvérsia quando comparamos o teor do artigo 790 da CLT com as disposições relativas a gratuidade judiciária constantes no Código de Processo Civil (CPC/2015). Ao analisar a jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho, observa-se que esses Tribunais não pacificaram entendimento sobre a matéria. Isso porque, como foi exposto, algumas Turmas entendem que a mera declaração de hipossuficiência é suficiente para conceder o benefício da justiça gratuita, por gozar de presunção de veracidade. Porém, outras Turmas adotam entendimento diverso, sob fundamento de que a parte deve acrescentar documentos que comprovem seu estado de necessidade, como dispõe o art. 790, §4º da CLT.

A respeito do teor dos §§3º e 4º do art. 790, é necessário, pois, dar-lhes interpretação conforme a Constituição. A dita interpretação cumulada (vide item 1) mostra-se manifestamente inconstitucional, na medida em que restringe a concessão dos benefícios da justiça gratuita tão somente aos trabalhadores que percebem salário igual ou inferior a 40% do limite dos benefícios do RGPS e que ainda comprovem tal situação. Em sentido contrário, a interpretação separada dos aludidos parágrafos demonstra-se constitucional, pois estrutura critério objetivo (art. 790, §3º) e critério subjetivo (art. 790, §4º), o que permite ao magistrado apreciar casuisticamente as condições materiais do litigante e deferir ou indeferir os benefícios, visto que a carência de recursos não pode constituir óbice à obtenção da tutela jurisdicional dos direitos subjetivos.

Nesse sentido, o tema da justiça gratuita ganha destaque, sobretudo diante do sua importância em garantir o acesso à justiça. Em confronto, o objetivo da reforma é reduzir o número de demandas na Justiça Trabalhista e, para tanto, trouxe previsões legais como o pagamento dos honorários advocatícios pela parte sucumbente no objeto da perícia, ainda que beneficiária d da justiça gratuita (art. 790-B, CLT). Para se ter dimensão das divergências entre os operadores do direito, o referido artigo é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5766, ajuizada pela Procuradoria Geral da República. Cabe destacar, aqui, que antes da reforma a parte beneficiária da justiça gratuita não arcava com os honorários do perito.

Diante do exposto, conclui-se que a mera declaração de insuficiência de recursos tem o condão de atrair a presunção de miserabilidade e, por conseguinte, fundamentar a concessão dos benefícios da justiça gratuita, porquanto configura interpretação sistemática entre Constituição, CLT e CPC que impede a existência de norma mais rígida dentro do ramo jurídico trabalhista, no qual a relação entre empregado e empregador é desigual e, assim, a lei tem por escopo assegurar a igualdade material. Em síntese, a Súmula 463 do TST, editada a partir das disposições do CPC e antes da Reforma Trabalhista, deve prevalecer porque evita não só a mitigação do preceito constitucional elencado no art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal de 1988, como também evita a violação ao princípio da isonomia processual.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

_____. **Lei nº 13.467, de 13 de Julho de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm>. Acesso em: 24 ago. 2020.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Acórdão de decisão que deu provimento ao pedido de reconhecimento dos benefícios da justiça gratuita. Recurso Ordinário nº 1000704-45.2019.5.02.0714. Jose de Jesus e Workman Comércio de Máquinas e Equipamentos Ltda., Elo Comércio de Máquinas e Equipamentos Eireli, N. S. Pinto Comércio de Máquinas e Equipamentos - ME. Relator: Desembargador Antero Arantes Martins. 14 de julho de 2020. Disponível em: <<http://search.trt2.jus.br/easysearch/cachedownloader?collection=colta011&docId=da7a2e7be04d53ac671493293e84150ef0accb69&fieldName=Documento&extension=html#q=>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Acórdão de decisão que negou provimento ao pedido de reconhecimento dos benefícios da justiça gratuita. Agravo de Instrumento nº 1001197-63.2018.5.02.0065. Dennys Rocha e Caixa Econômica Federal. Relator: Juiz Paulo Eduardo Vieira de Oliveira. 30 de junho de 2020. Disponível em: <<http://search.trt2.jus.br/easysearch/cachedownloader?collection=cole>>

ta010&docId=fb8ea67dbb2465fcc91f707f74528ccc87e79ab&fieldName=Documento&extension=html#q=>. Acesso em: 28 ago. 2020.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Acórdão de decisão que não conheceu o recurso por deserção. Recurso Ordinário nº 1000173-35.2020.5.02.0063. Sonia Maria Sales de Oliveira Gonçalves e Fundação Faculdade de Medicina. Relator: Desembargador Sergio Jose Bueno Junqueira Machado. 30 de julho de 2020. Disponível em: <<http://search.trt2.jus.br/easysearch/cachedownloader?collection=colta010&docId=bc848e41af5189e209abf46f4de4a96bbc2a9337&fieldName=Documento&extension=html#q=>>>. Acesso em: 28 ago. 2020.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região. Acórdão de decisão que negou provimento ao pedido de justiça gratuita. Agravo de Instrumento em Recurso Ordinário nº 0000334-36.2018.5.07.0017. A T B Artefatos de Borracha Ltda. e Maurício Lourenço de Lima. Relatora: Desembargadora Maria Roseli Mendes Alencar. 13 de julho de 2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.trt7.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtrt7/1768840/ACORD_7314922.HTML?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 28 ago. 2020.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região. Acórdão de decisão que deu provimento ao recurso ordinário sobre concessão dos benefícios da justiça gratuita. Agravo de Instrumento em Recurso Ordinário nº 0000616-79.2019.5.07.0004. Evandro da Nova Souza e Caixa Econômica Federal. Relator: Desembargador Francisco José Gomes da Silva. 13 de julho de 2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.trt7.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtrt7/1768820/ACORD_6997421.HTML?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 28 ago. 2020.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão de decisão que deu provimento ao pedido de concessão do benefício da assistência

judiciária gratuita. Recurso de Revista nº 1002229-50.2017.5.02.0385. Austro Matias Luis e Rudney Luiz Sotto Teixeira - ME e outros. Relator: Ministro Alexandre Agra Belmonte. 5 de junho de 2019. Disponível em: <file:///C:/Users/marci/Downloads/RR-1002229-50_2017_5_02_0385.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2020.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão de decisão que negou provimento ao recurso de revista sobre revisão da concessão dos benefícios da justiça gratuita ao reclamante. Recurso de Revista nº 340-21.2018.5.06.0001. Banco do Brasil S.A. e Ednilson Simendes. Relator: Ministro José Roberto Freire Pimenta. 19 de fevereiro de 2020. Disponível em: <file:///C:/Users/marci/Downloads/RR-340-21_2018_5_06_0001.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2020.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 463. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_451_600.html#SUM-463>. Acesso em: 24 ago. 2020.

CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson. **Manual da Reforma Trabalhista: Comentários artigo por artigo**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

GOSDAL, Thereza Christina. **A justiça gratuita após a reforma trabalhista**. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 9, n. 84, p. 40-51, dez. 2019/jan. 2020.

LAURINO, Salvador Franco de Lima. **O artigo 15 do novo Código de processo civil e os limites da autonomia do processo do trabalho.** Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 4, n. 44, p. 148-167, set. 2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho.** 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

OTHON SIDOU, José Maria. **Dicionário Jurídico:** Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 11. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho:** aspectos processuais da Lei n. 13.467/17. 1. ed. São Paulo: LTr Editora, 2017.

VEIGA, Fabiano Aragão. O que mudou (se é que mudou) na sistemática da concessão do benefício da justiça gratuita com a reforma trabalhista. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia,** Salvador, BA, v. 7, n. 10, p. 51-62, out. 2018. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/147804/2018_veiga_fabiano_mudou_sistemica.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 27 ago. 2020.

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. 500 anos de assistência judiciária no Brasil. **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo,** v. 95, p. 241-249, 2000. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67467/70077>>. Acesso em: 27 ago. 2020.

WHATSAPP COMO INSTRUMENTO DE CONCILIAÇÃO NAS RECLAMAÇÕES TRABALHISTAS

WHATSAPP AS A CONCILIATION INSTRUMENT IN LABOR CLAIMS

*Letícia Ribeiro de Moraes*²¹⁹;
*Marcelo Braghini*²²⁰

RESUMO

Este ensaio jurídico justifica-se pela necessidade do estudo de um tema ainda pouco debatido, mas que pode trazer enormes benefícios para o Poder Judiciário se for implementado de maneira correta. Objetiva-se, então, analisar a eficácia das mídias digitais, especialmente do aplicativo Whatsapp, durante as audiências de conciliação da Justiça do Trabalho. Para isso, optamos por realizar uma breve explanação a respeito da crise e do abarrotamento do sistema judiciário; estudar o conceito de conciliação e seus fundamentos no ordenamento jurídico; bem como entender o advento do Whatsapp no Brasil, visando compreender sua influência sobre os métodos alternativos de resolução de conflitos. A fim de alcançar tais objetivos, utilizou-se o método indutivo e a pesquisa teórica qualitativa baseada em fontes primárias de legislação e em fontes secundárias encontradas na doutrina. Conclui-se que a conciliação através do aplicativo Whatsapp é totalmente viável e

²¹⁹ Graduanda do curso de Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais – Unidade Frutal. E-mail: le.ribeiom98@gmail.com

²²⁰ Professor da Universidade do Estado de Minas Gerais – Unidade Frutal. Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto. E-mail: marcelo.braghini@uemg.br

traz benefícios tanto para as partes envolvidas, quanto para o Poder Judiciário.

Palavras-chave: Conciliação. Whatsapp. Celeridade.

ABSTRACT

This legal essay is justified by the necessary study on a subject still little debated, but which can bring enormous benefits to the Judiciary if implemented correctly. The objective is to analyse the effectiveness of digital media, especially the app Whatsapp, during the labor court conciliation hearings. To this end, we have chosen to briefly explain the crises and the overcrowding of the Judiciary; study the concept of conciliation in its foundation in the legal system; as well as understanding the advent of Whatsapp in Brazil, aiming to understand its influence on alternative methods of conflict resolution. In order to achieve these objectives, the inductive method and the theoretical research based on primary sources of legislation and secondary sources found in the doctrine were used. It is concluded that conciliation through the Whatsapp app is totally viable and brings benefits to both the parties involved and the Judiciary.

Keywords: Conciliation. Whatsapp. Speed

INTRODUÇÃO

Inegável o fato de que o Poder Judiciário encontra-se em um momento de crise. Tal problema tem origem na errônea cultura de judicialização instaurada no cotidiano brasileiro, a qual gera inúmeras demandas, normalmente de pouca complexidade, e que acabam abarrotando um sistema que já sofre com a falta de servidores e com procedimentos extremamente formais. Como consequência, o direito do acesso à justiça, constitucionalmente protegido, bem como o princípio da razoável duração do processo acabam sendo prejudicados.

Os esforços são constantes a fim de driblar esse momento caótico, como percebemos com as inúmeras medidas que vem sendo propostas. Como exemplo, podemos citar a criação da Lei 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais, e os meios alternativos de resolução de conflitos – mediação, conciliação e arbitragem – que ganharam força, principalmente, com o advento do Novo Código de Processo Civil.

Porém, a globalização e as relações sociais cada vez mais dinâmicas, provocaram uma agilidade na troca de informações e o Direito se vê obrigado a acompanhar e adaptar-se às modificações ocorridas em seu contexto social. Para isso, nada mais justo do que apropriar-se da tecnologia, presente na vida de todos, em seus procedimentos, visando alcançar uma maior celeridade e desburocratização. Um grande passo foi dado nessa direção com a instituição do Processo Judicial Eletrônico. Destacando diante da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/17) a nova ferramenta da homologação de transação extrajudicial, autorizada no art. 855-B da CLT como meio alternativo de solução de conflito por meio de jurisdição voluntária.

Nesse sentido, surge a seguinte interrogação: “Como a utilização das mídias digitais facilitaria o processo de conciliação das reclamações trabalhistas?”.

Por isso, a pesquisa tem como objetivo geral analisar a eficácia da aplicação das mídias digitais, especialmente do Whatsapp, durante audiências de conciliação da Justiça do Trabalho, a qual deveria, em tese, ter o procedimento mais célere. Já como objetivos específicos, realizar-se á uma investigação a respeito do abarrotamento do sistema judiciário, relacionando-o com o princípio do acesso à justiça; estudar o conceito de conciliação e seus fundamentos no ordenamento jurídico; bem como entender o advento do Whatsapp no Brasil, visando

compreender sua influência sobre os métodos alternativos de resolução de conflitos.

Visando atingir os objetivos supracitados, utilizar-se-á do método indutivo e da pesquisa teórica qualitativa com fontes primárias de legislação, a exemplo do Novo Código de Processo Civil e da Consolidação das Leis Trabalhistas, jurisprudências, e fontes secundárias encontradas através na doutrina de autores como José Roberto Freire Pimenta, Gabriela Vasconcelos Lima e Gustavo Raposo Pereira Feitosa.

1. A CRISE DO JUDICIÁRIO E O ACESSO À JUSTIÇA

O Conselho Nacional de Justiça, todo ano, divulga o Relatório Justiça em Números, o qual traz a realidade dos tribunais brasileiros, demonstrando, inclusive, através de dados comprovados, que, a crise no Poder Judiciário, assunto tão recorrente, é verdadeira e caótica.

O Poder Judiciário finalizou o ano de 2017 com 80,1 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva. Desses, 14,5 milhões, ou seja, 18,1%, estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018, p. 72)

Rodolfo Camargo de Mancuso, em sua obra “Acesso à Justiça – condicionantes legítimas e ilegítimas”, sistematiza as diversas causas que, a seu ver, colaboram para o abarrotamento do judiciário brasileiro:

(...) (a) desinformação ou oferta insuficiente quanto a outros meios, ditos alternativos, de auto e heterocomposição de litígios, gerando uma cultura da sentença, na expressão de Kazuo Watanabe; (b) exacerbada juridicização da vida em sociedade, para o que contribui a pródiga positivação de direitos e garantias, individuais e coletivos, a partir do texto constitucional, projetando ao interno da coletividade uma

expectativa (utópica), de pronto atendimento a todo e qualquer interesse contrariado e insatisfeito; (c) ufanista e irrealista leitura do que contém no inciso XXXV do art. 5º da CF/1988 – usualmente tomado como sede do acesso à Justiça – enunciado que, embora se enderece ao legislador, foi sendo gradualmente superdimensionado (ao influxo de motes como ubiquidade da justiça, universalidade da jurisdição), praticamente implicando em converter o que deverá ser o direito de ação (específico e condicionado) num prodigalizado dever de ação!; (d) crescimento desmesurado da estrutura judiciária – oferta de mais do mesmo sob a óptica quantitativa – com a incessante criação de novos órgãos singulares e colegiados, e correspondentes recursos humanos e materiais, engendrando o atual gigantismo que, sobre exigir parcelas cada vez mais expressivas do orçamento público, induz a que esse aumento da oferta contribua para retroalimentar a demanda (MANCUSO, 2011, pp. 52-53).

Portanto, depreende-se que paira, na sociedade atual, uma supervalorização à cultura de judicialização, ou seja, ao invés de lançarmos mão do Poder Judiciário como última opção, acabamos por enxergá-lo como a única saída capaz de resolver conflitos que poderiam ser dirimidos, na maioria das vezes, por meios alternativos e extrajudiciais.

É preciso admitir, portanto, que é impossível à máquina judiciária estatal resolver todos os dissídios que lhe forem submetidos através de sentenças (as quais, em sua maioria, ainda precisarão ser executadas após o seu trânsito em julgado) - é que, se for preciso esgotar sempre todas as etapas e fases processuais necessárias para se chegar à efetiva satisfação dos direitos em definitivo reconhecidos como existentes, nunca haverá recursos públicos suficientes para montar e custear um aparato jurisdicional capaz de atender, em tempo razoável, a todos esses litígios. Diga-se expressamente: nenhum ramo do Poder Judiciário (e muito menos a Justiça do Trabalho brasileira) está preparado para instruir, julgar e,

se necessário, executar as sentenças condenatórias proferidas em todos (ou quase todos) os processos que lhe forem ajuizados. As consequências desse quadro já são, aliás, de conhecimento geral e infelizmente estão presentes em vários setores do Judiciário brasileiro: uma Justiça assoberbada por um número excessivo de processos é inevitavelmente uma Justiça lenta e de baixa qualidade. Então, é de lógica e de bom senso trabalhar, estimular e explorar as múltiplas vertentes alternativas de solução dos conflitos de interesses, dentre as quais assume especial relevo a conciliação das partes. (PIMENTA, 2001, p.153)

Com isso, a máquina judiciária acaba ficando completamente abarrotada e, conseqüentemente, ineficiente, dificultando, que os cidadãos tenham o acesso à justiça de forma realmente efetiva.

Esse importantíssimo princípio está contemplado no artigo 5^a, XXXV da Constituição Federal: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. Carlos Henrique Bezerra Leite (2017, p. 189) afirma que: “No sentido integral, acesso à Justiça significa também acesso à informação e à orientação jurídica, e a todos os meios alternativos de solução de conflitos, pois o acesso à ordem jurídica é, antes de tudo, uma questão de cidadania”.

Nesse sentido, todos podem postular em juízo – inclusive sem advogado na Justiça do trabalho, através do *jus postulandi* – e receber a tutela jurisdicional.

2. A CONCILIAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Ao observar que os procedimentos burocráticos, em virtude da morosidade gerada, estavam acabando por colocar a credibilidade do Poder Judiciário em jogo, tornou-se necessário pensar em soluções para

esse problema, a fim de possibilitar que o Direito acompanhe a evolução da sociedade de forma tão rápida quanto.

Essa solução se caracteriza pelos meios alternativos de solução de conflitos. Dentre esses métodos, destaca-se a conciliação, objeto de nossa pesquisa, a qual busca, para além da celeridade processual, a manutenção do diálogo, da compreensão e da cultura da paz.

Nesse sentido, Paulo César Santos Bezerra (2001, p. 137) afirma que:

O ideal das soluções dos conflitos é a prevenção dos conflitos. O ideal ao processo é o não-processo. Os processos decisórios não pacificam, antes suscitam mais conflitos. O fundamento econômico da prevenção, mediação, conciliação, etc. é a poupança de tempo, despesas e incômodos. O fundamento filosófico é o ideal da paz e o sociológico é a efetivação dessa mesma paz.

Ou seja, enquanto o processo judiciário acaba por provocar um distanciamento das partes, a conciliação traz uma posição equilibrada e apaziguadora para a demanda. Não haveria vencedores e vencidos, a conciliação deveria ser vista como a sentença dada pelas partes em conflito, por ser as mesmas conhecedoras da exata dimensão do conflito posto em juízo, e quais as reais possibilidades de convergência a ponto comum.

No que diz respeito à sua evolução histórica, a conciliação já fazia parte do judiciário brasileiro desde o período colonial, encontrando previsão nas Ordenações Manuelinas (1514) e Ordenações Filipinas (1603). Porém, no início do século XIX essa prática começou a ser esquecida, ressuscitando somente com o Código de Processo Civil de 1973, em virtude da sobrecarga do Poder Judiciário.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a necessidade de criação de juizados para as causas de menor complexidade ganhou caráter constitucional e, posteriormente,

ocasionou a promulgação da Lei nº 9.099/95 (Juizados Especiais Estaduais) e da Lei nº 10.259/01 (Juizados Especiais Federais). O procedimento dos Juizados Especiais baseia-se na cooperação das partes litigantes para por fim a demanda, ou seja, ambos cedem um pouco de seus desejos buscando encontrar um acordo, utilizando apenas de um terceiro imparcial para conduzir a solução do conflito, bem com pela simplificação dos procedimentos, já que o processo não é visto como um fim em si mesmo, apenas um instrumento contemporâneo de pacificação social.

Ainda, com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, esse instituto ganha mais visibilidade. A exemplo, podemos citar o artigo 334 do referido diploma legal, que estipula:

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for hipótese de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. (BRASIL, 2015)

No que diz respeito à Justiça do Trabalho, a Consolidação das Leis Trabalhistas atribui caráter obrigatório para a proposta de conciliação, a qual o Magistrado deve envidar todos os esforços necessários a sua efetivação, como exemplo tem-se o art. 764, que dispõe que: “Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação”. Ainda nesse sentido, é possível citar o artigo 831 da supracitada norma, o qual determina que a sentença só terá validade depois de rejeitada pelas partes a proposta de conciliação.

Nesse sentido, o TRT-24 decidiu:

NULIDADE. AUSÊNCIA DE TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO - O texto exposto e imperativo contido no art. 764 da CLT é no sentido de propiciar a conciliação. Não sendo observada essa exigência legal,

deve-se anular o processo. Nesse contexto, o acordo firmado em outro processo no qual a autora não participou a qualquer título, não tem o condão de produzir efeitos em outra relação processual, a ponto de dispensar a realização de audiência e a tentativa de conciliação, requisito de validade da própria relação processual (arts. 764 e 852-E da CLT), máxime quando se julga improcedente certas pretensões que poderiam ser deferidas com a produção da prova que a autora tem direito de produzir, e pela qual protestou na inicial. Violação das garantias constantes do art. 5º, incisos LIV e LV, do Texto Supremo, que leva a anulação da sentença com reabertura da instrução para que o devido processo e procedimento legal sejam observados. (TRT-24, 2011)

Ressalta-se que a conciliação tem caráter permanente e com validade jurídica, visto que os acordos oriundos da conciliação, respeitando os procedimentos referentes a cada rito, serão analisados e homologados pelo juiz.

Percebe-se que, na Justiça do Trabalho, a conciliação exerce um papel ainda mais importante. Isso decorre do fato de que a parte hipossuficiente – o empregado - precisa da efetivação de seus direitos da forma mais rápida possível, visto que pleiteia, na maioria das vezes, por verbas de caráter alimentar e, com a morosidade processual, não tem condições de arcar com os custos da tramitação do processo, colocando em risco a sobrevivência própria e de sua família.

3. O ADVENTO DO WHATSAPP E SUA INFLUÊNCIA SOBRE AS CONCILIAÇÕES: O PROJETO MÍDIA E MEDIAÇÃO

3.1 Breve histórico e conceito

O aplicativo Whatsapp, hoje mundialmente conhecido, foi criado no ano de 2009 por dois ex-funcionários da Yahoo – Jan Koum e Brian Acton – e, posteriormente, foi vendido para o Facebook em 2014 por 19 bilhões de dólares.

O referido é um aplicativo gratuito de troca de mensagens, com recursos de áudio e vídeo pela internet, e está disponível para Android, iOS, Windows Phone, Nokia e para computadores Mac e Windows. De acordo com dados da empresa de análise de mercado App Annie, apesar de não haver dados exatos, estima-se que o serviço tem cerca de 200 milhões de usuários mensais.

Com relação ao mercado brasileiro, o Whatsapp abrange cerca de 56% da população brasileira, facilitando, portanto, a comunicação para qualquer lugar do mundo.

É sabido que a sociedade deve usar das inovações para buscar sua evolução, o que não foi diferente no que diz respeito ao aplicativo supracitado. Atualmente, essa mídia digital vem sendo usada, inclusive, pelos empresários, visto que acaba por melhorar e agilizar o atendimento, reforçando o vínculo com os consumidores, além de ser um investimento de baixo custo e fácil acesso.

3.2 Aplicação pelo Poder Judiciário

Não diferentemente dos demais ramos da sociedade, o Direito tem como obrigação adaptar-se à evolução da sociedade, pois, somente assim, consegue satisfazer o interesse de seus jurisdicionados por completo.

Nesse sentido, Michelle Pires Bandeira Pombo (2016, p. 169) afirma que: “[...] faz-se necessário um aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, no sentido de melhorar e modernizar o processo judicial

e seus procedimentos”. Acredita, ainda, ser imprescindível: “ [...] a reformulação de procedimentos judiciais ante a exigência de uma nova visão social do processo e, por conseguinte, uma nova postura processual com o fim de se chegar mais próximo a verdade real dos fatos”.

Depreende-se, portanto, que uma estrutura judiciária abarrotada de demandas, com déficits de serventuários, deve-se valer de todos os meios possíveis para a efetivação dos direitos e alcance da duração razoável do processo. O primeiro passo nessa direção foi dado com os meios alternativos de solução de conflitos. Já em outro momento, podemos citar a utilização de mídias digitais no processo.

O primeiro ponto a ser destacado é o PJe (Processo Judicial Eletrônico), lançado oficialmente em 2011 pelo então presidente do CNJ César Peluso. Tal dispositivo busca manter um sistema judicial eletrônico que permite o acompanhamento e prática de todos os atos judiciais, propondo uma maior celeridade e economia de gastos. Importante ressaltar que o PJe exige a certificação digital de todos que o utilizarem.

Quando o assunto é a realização dos métodos alternativos de solução de conflitos por meios digitais, encontramos, em nosso ordenamento jurídico, diversos dispositivos que a permitem. Como primeiro exemplo, cita-se o artigo 334, §7º do Código de Processo Civil que proclama que “ a audiência de conciliação e mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei”. Ainda, encontramos dispositivo similar na Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) em seu artigo 46: “A mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo”.

Por fim, cabível destacar a Resolução Administrativa nº12/2014 do TRT15, que “Criou os Centros Integrados de Conciliação do

Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região”, a qual menciona em seu artigo 9º, §3º que:

Art. 9º. [...].

§3º. Os Centros Integrados de Conciliação poderão se valer de recursos tecnológicos que permitam realizar negociações com segurança, inclusive por via eletrônica, mediante sistemas de videoconferência ou similares e que assegurem a ampla negociação, bem como inequívoca e livre manifestação de vontade das partes interessadas.

Insta salientar que em países como os Estados Unidos a utilização das mídias digitais de comunicação para resolução de conflitos judiciais já foi aderida e é chamada de ODR (*Online Dispute Resolution*). Segundo Gabriela Vasconcelos Lima e Gustavo Raposo Pereira Feitosa (2016, p. 54) :

A chamada ODR consiste na utilização da tecnologia da informação e da comunicação no processo de solução de conflitos, seja na totalidade do procedimento ou somente em parte deste. Dentre os procedimentos que podem adotar o modelo da ODRs, estão a arbitragem, a mediação, a conciliação ou a negociação, que o fazem por intermédio de ferramentas automatizadas (total ou parcialmente). Essa solução representa uma forma de virtualização plena, em que um procedimento nasce e morre no ambiente virtual, sem necessidade de passar por etapas presenciais ou no espaço forense.

Conclui-se, portanto, que a conciliação através de mídias digitais é totalmente viável, visto que encontra fundamentos jurídicos e sua eficácia já vem sendo comprovada em Âmbito internacional.

3.3 O Projeto Mídia e Mediação

Como supracitado, o acesso à justiça, por se tratar de um direito fundamental, deve ser garantido à todos os cidadãos. Porém, devido à morosidade processual e ao abarrotamento do Judiciário, esse direito encontra algumas barreiras para sua efetivação. Uma das soluções encontradas para tal problema foram os meios alternativos de solução de conflitos, dentre eles a conciliação.

Entretanto, a conciliação em sua forma usual pode, ainda, trazer alguns contratempus que acabam por prejudicar as partes a duração razoável do processo. Como exemplo, pode-se citar o tempo de locomoção das partes até o local da audiência, a disponibilidade dos envolvidos de estarem presentes na mesma data e o pequeno espaço de tempo disponível para conciliação, o que prejudica a realização de um acordo.

Ao observar essa situação, a juíza Ana Cláudia Torres Viana, visando atender as necessidades de seus jurisdicionados e de aumentar o número de atendimentos, decidiu implementar, em 2015, o projeto Mídia e Mediação, com a ajuda da equipe do CEJUSC de 1º grau do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Tal projeto consiste na utilização de celulares e tablets para a realização das audiências de conciliação da Justiça do Trabalho através do aplicativo Whatsapp, o que permite que os envolvidos possam realizar os atos cabíveis em ambientes mais confortáveis, além de disponibilizar um tempo muito maior para a realização do acordo.

Durante a realização do procedimento específico do projeto, preza-se sempre pela autonomia da vontade, sendo que as partes só permanecessem no grupo destinado ao processo de conciliação até o momento em que desejarem.

Ressalta-se, ainda, que apesar de não existir, no ordenamento jurídico brasileiro, um dispositivo específico para a conciliação através do Whatsapp, diversos dispositivos, conforme citados anteriormente, respaldam a prática do ato por vias eletrônicas.

De acordo com dados do CEJUSC da 15ª Região, no ano de 2016, foram realizadas 104 audiências de conciliação pelo aplicativo 186 WhatsApp. Dessas 104 audiências, 87 obtiveram sucesso com acordo (84%) e 17 não obtiveram acordo (16%).

O projeto foi tão efetivo e ganhou tanto reconhecimento que, no ano de 2015, recebeu menção honrosa na categoria “juiz individual” na 6ª edição do prêmio “Conciliar é legal” do Conselho Nacional de Justiça. Ainda, em 2016, obteve menção honrosa na categoria “juiz” da 13ª edição do Prêmio Innovare.

3.3.1 Vantagens e desvantagens para as partes

Como dito anteriormente, a utilização da conciliação ao invés da judicialização desenfreada tem como finalidade a manutenção da cultura da paz, visto que as partes usam do diálogo e da compreensão para chegar a um acordo que agrade ambos. Por isso, o Whatsapp como ferramenta desse instituto prioriza ainda mais essa finalidade.

Isso ocorre porque os envolvidos possuem uma grande familiaridade e amplo acesso ao aplicativo, provocando uma sensação de confiança, já que podem realizar os acordos nos locais em que se sentirem mais confortáveis e no tempo que preferirem, o que difere-se do comportamento adotado no fórum – local caracterizado pela formalidade em todos os aspectos.

Além disso, os princípios do acesso à justiça e da duração razoável do processo ganham destaque, devido a agilidade nos

atendimentos dada por tal aplicativo e ao baixo custo de implementação e uso, o que agrada tanto ao Poder Judiciário quanto às partes.

Deve-se ressaltar, ainda, que a utilização desse instrumento rotineiro acaba por proporcionar uma aproximação entre os litigantes e com a Justiça, permitindo que o diálogo e as negociações se estendam por dias, não ficando restritas ao pequeno tempo estipulado durante as audiências. Ademais, esse procedimento reduz significamente o congestionamento do Poder Judiciário brasileiro.

Como pontos negativos, apesar de serem problemas de fácil solução, podemos elencar a necessidade de uma conexão com a internet, o que gera um custo - ainda que baixo - para as partes. No mesmo sentido, refere-se às despesas para adquirir um celular ou tablet compatível com as configurações do aplicativo Whatsapp, as quais beiram a quantia de duzentos e cinquenta reais.

Porém, apesar de encontrarmos obstáculos no tocante a tais despesas, o Whatsapp e a Internet estão difundidas para grande parte da população brasileira, o que permite que as inúmeras vantagens elencadas se sobressaiam aos pontos negativos acima.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como intuito estudar como o Whatsapp pode servir de instrumento para a realização de conciliações, visando garantir o acesso à justiça. Assim, em um primeiro momento, buscou-se analisar os motivos da crise que aflige o Judiciário brasileiro. Após, estudou-se, ainda, como a conciliação, forma autocompositiva de solução de conflitos, pode surgir como alternativa à morosidade processual. Por fim, analisou-se como a tecnologia - principalmente o aplicativo Whatsapp - pode influenciar positivamente no desenrolar da

audiências de conciliação, trazendo como exemplos o ODR (*Online Dispute Resolution*) e o Projeto Mídia e Mediação.

Foi possível notar que, em tempos de crise do Poder Judiciário, devemos buscar soluções que possam otimizar seu sistema e provocar seu descongestionamento, surgindo daí a importância dos métodos alternativos de solução de conflitos, a exemplo da conciliação.

Porém, é necessário observar as necessidades especiais que possuem alguns de seus jurisdicionados e, visando atender tais necessidades, o sistema judiciário deve acompanhar a evolução da sociedade e das tecnologias. Fundada nesse contexto, encontra-se a ideia de utilização das mídias digitais – a exemplo do Whatsapp – como instrumento de reclamações, proposta já aderida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Através desse trabalho, portanto, chegamos à conclusão de que é totalmente viável a conciliação via WhatsApp, pois é uma forma de acesso à Justiça, celeridade, com otimização de recursos financeiros e tempo para o Estado e cidadão, além de propagar e estimular a cultura da paz e diálogo, imprescindíveis, atualmente, para uma sociedade mais humanizada, que respeite os sentimentos e pensamentos alheios e como forma de tentar diminuir - e quem sabe, com o tempo, eliminar - a crise que cerca o Judiciário.

REFERÊNCIAS

Prêmio Innovare anuncia práticas vencedoras de 2016. Disponível em:

file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Release_Premia%C3%A7%C3%A3o_2016.pdf. Acesso em 09 set. 2019

BEZERRA, Paulo César Santos. **Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 21 de mar. de 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De15452.htm. Acesso em 9 set. 2019

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 9 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso 09 set. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho – 24 Região (2ª Turma). **Processo nº. 00007114420105240007**. NULIDADE. AUSÊNCIA DE TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO - O texto expresso e imperativo contido no art. 764 da CLT é no sentido de propiciar a conciliação. Não sendo observada essa exigência legal, deve-se anular o processo.

Nesse contexto, o acordo firmado em outro processo no qual a autora não participou a qualquer título, não tem o condão de produzir efeitos em outra relação processual, a ponto de dispensar a realização de audiência e a tentativa de conciliação, requisito de validade da própria relação processual (arts. 764 e 852-E da CLT), máxime quando se julga improcedente certas pretensões que poderiam ser deferidas com a produção da prova que a autora tem direito de produzir, e pela qual protestou na inicial. Violação das garantias constantes do art. 5º, incisos LIV e LV, do Texto Supremo, que leva a anulação da sentença com reabertura da instrução para que o devido processo e procedimento legal sejam observados. Relator: Francisco das C. Lima Filho, Data de Publicação: 01/02/2011. Disponível em: <https://trt-24.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/417443320/7114420105240007?ref=serp>. Acesso em 09 set. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Escolhidos os vencedores do Prêmio Conciliar é legal.** Disponível em: <http://cnj.jus.br/noticias/cnj/82140-escolhidos-os-vencedores-do-premio-conciliar-e-legal>. Acesso em 09 set. 2019

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em Números.** Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em 09 set. 2019.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho.** 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMA, Gabriela Vasconcelos; FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. **Online dispute resolution (ODR): a solução de conflitos e as novas tecnologias.** Santa Cruz do Sul: Revista do Direito, n.50, v.3, p. 53-70, set/dez 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas.** São Paulo: RT, 2011.

PIMENTA, José Roberto Freire. **A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho.** São Paulo: Revista LTr, v. 65, n. 02, fev. 2001.

POMBO, Michelle Pires Bandeira. **As ondas renovatórias do acesso à justiça no processo do trabalho.** São Paulo: LTr, 2016.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO. **Resolução Administrativa nº 12/2014.** Criou os Centros Integrados de Conciliação no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Campinas, SP, 2014. Disponível em: http://portal.trt15.jus.br/web/presidencia/resolucoes-administrativas-2014/-/asset_publisher/2zIYYIHmA53n/content/resolucao-administrativa-n-12-2014. Acesso em 09 set. 2019.

AÇÃO PENAL E JUSTA CAUSA LABORAL: A ILEGALIDADE DA DISPENSA MOTIVADA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO À PRIVAÇÃO DE LIBERDADE DO EMPREGADO

CRIMINAL PROSECUTION AND LABOR JUST CAUSE: THE ILLEGALITY OF THE DISMISSAL MOTIVATED BEFORE THE FINAL JUDGMENT TO THE EMPLOYEE'S DEPRIVATION OF LIBERATY

*Danila Manfré Nogueira Borges*²²¹
*Patrícia de Paula Queiroz Bonato*²²²
*Marcelo Braghini*²²³

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a regra contida na alínea “d” do artigo 482 da CLT, tendo em vista que a interpretação literal e teleológica do dispositivo reconhece a dispensa por justa

²²¹Advogada. Especialista em Direito do Trabalho e Previdência Social. Atualmente, é aluna da Pós- Graduação na FDRP/USP e integrante do GEDTRAB- FDRP/USP. Email: danila@nogueiraeborges.adv.br

²²²Advogada. Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/FDRP/USP (2017). Professora do curso de Direito na Faculdade de Educação São Luís de Jaboticabal-FESL. É também pesquisadora colaboradora do Grupo de Estudos e Pesquisa em Enfermagem, Saúde Global, Direito e Desenvolvimento (GEPESADES). Email: patricia.bonato@usp.br

²²³Mestre e Doutorando em Direito pela UNAERP, Professor de Direito do Trabalho da UEMG e UNAERP, Advogado e autor dos livros: “Reforma Trabalhista: flexibilização das normas sociais do trabalho”, LTr, 2017, “Direito do Trabalho e Processo do Trabalho”, JH Mizuno, 2019, e Contrato de Trabalho de Emergência em tempos de crise (COVID-19), JH Mizuno, 2020. Email: braghini.advocacia@gmail.com

causa somente após o trânsito em julgado de ação penal que resulte em encarceramento do empregado. Contudo, lamentavelmente, observa-se na prática trabalhista que os empregadores, diante de uma ação penal em curso contra algum de seus empregados, se antecipam ao decreto condenatório, o condenando (sem qualquer prova de dolo ou culpa) à pena máxima prevista na norma trabalhista, que é a despedida por justa causa. Tendo em vista que a Justiça do Trabalho não se constitui em longa manus da justiça comum, o artigo pretende levantar argumentos principiológicos, legais, convencionais e doutrinários para sustentar a ilegalidade de tais práticas. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, com abordagem qualitativa, por meio de análise de doutrinas, artigos científicos, bem como de recentes julgados no assunto.

Palavras-chave: Despedida motivada. Justa causa. Condenação criminal. Presunção de inocência.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the rule contained in item “d” of article 482 of the CLT, considering that the literal and teleological interpretation of the device recognizes the dismissal for just cause only after the final criminal action that results in imprisonment of the employee. However, unfortunately, it is observed in labor practice that employers, in face of an ongoing criminal action against any of their employees, anticipate the condemnatory decree, condemning him (without any evidence of intent or guilt) to the maximum penalty provided for in the norm which is dismissal for just cause. Bearing in mind that Labor Justice is not a long-term hand of common justice, the article intends to raise principiological, legal, conventional and doctrinal arguments to support the illegality of such practices. To this end, bibliographic and jurisprudential research was carried out, with a qualitative approach, through the analysis of doctrines, scientific articles, as well as recent judgments on the subject.

Keywords: Motivated dismissal. Just cause. Criminal condemnation. Presumption of innocence.

INTRODUÇÃO

Se o princípio da continuidade informa que “o contrato de trabalho é um negócio jurídico de extrema vitalidade, de uma grande dureza e resistência em sua duração” (RODRIGUEZ, 2000, p. 243) a despedida motivada configura exceção nas relações trabalhistas. Nesse sentido, as hipóteses de resolução do contrato (rescisão ou extinção por iniciativa do empregador) são taxativamente estabelecidas no art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Dentre as opções de despedida por justa causa, está a condenação criminal do empregado, prevista na alínea ‘d’ do referido artigo, que autoriza a demissão quando o ilícito praticado pelo empregado resultar em ação penal com sentença condenatória transitada em julgado.

Na prática, os desdobramentos de uma ação penal sobre a relação trabalhista variarão conforme o caso em concreto, por exemplo, quando a condenação criminal tiver relação direta com o contrato de emprego. Outra situação possível é relacionada a ato ilícito que, embora não envolva a relação de emprego, interfere diretamente nela, obstando o seu seguimento em razão da prisão, por exemplo.

No entanto, o art. 482, alínea “d” da CLT ressalva a hipótese de demissão por justa causa quando houver suspensão da execução penal, uma vez que tal situação não impediria materialmente a continuidade do contrato de trabalho, afastando, assim, a motivação da despedida. Nesse sentido, a interpretação literal da lei configura-se como uma condicionante para a ruptura do pacto trabalhista.

Lamentavelmente, a prática tem revelado que, muitas vezes, o

empregador, como que imbuído do poder punitivo estatal e vendo-se como um “braço” da ação penal (que muitas vezes não ultrapassou sequer a fase de conhecimento), se antecipa ao decreto condenatório e condena o empregado – sem qualquer prova de dolo ou culpa, à pena máxima prevista na norma trabalhista, que é a despedida por justa causa.

Como se percebe, a legislação laboral, em obediência ao princípio constitucional de presunção de inocência²²⁴, não prevê a possibilidade de nova punição por eventual crime, tampouco é “braço da justiça comum” ao punir empregados que eventualmente possam ter cometido crime. A lei obreira apenas autoriza a rescisão por justa causa em razão do empregado não ter a possibilidade de prestar fisicamente o serviço.

Tendo em vista que a interpretação literal e teleológica do art. 482, alínea “d”, da CLT reconhece a dispensa por justa causa somente após o trânsito em julgado de ação penal que resulte em encarceramento, o presente trabalho pretende ilustrar de que maneira o dispositivo deve ser aplicado nas hipóteses de constrangimento penal que importe em encarceramento.

Para o alcance do objetivo pretendido, foi utilizada uma metodologia bibliográfica e jurisprudencial, com abordagem qualitativa de pesquisa, na qual foi realizada análise de doutrinas e artigos jurídicos no tema, bem como de julgados obtidos no repositório autorizado dos Tribunais Superiores- “Magister Net”.

²²⁴Art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

1. RELAÇÃO DE TRABALHO E O PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO CONTRATO LABORAL

Se a resolução do contrato de emprego é exceção, o princípio da continuidade é a regra na medida em que “visa atribuir à relação de emprego a mais ampla duração possível, sob todos os aspectos” (RODRIGUEZ, 2004, p. 244) gerando projeções favoráveis aos empregados como a preferência pelos contratos de duração indefinida e a resistência em admitir a rescisão unilateral do contrato por vontade patronal e sem justa causa.

Pelo princípio da continuidade da relação de emprego, os fatos ordinários são presumidos, em detrimento dos fatos extraordinários que precisam ser provados, máxima difundida pelo doutrinador italiano Nicola Framarino dei Malatesta. (MALATESTA, 2001). Da mesma forma, o princípio sugere ausência de intenção do empregado em pôr fim ao contrato, presumindo-se sempre que a terminação do vínculo se dá por vontade do empregador e sem justa causa.

O resultado jurisprudencial do conceito da continuidade pode ser observado na Súmula 212 do Tribunal Superior do Trabalho. Segundo Maurício Godinho Delgado, o preceito sumular

faz presumida a ruptura contratual mais onerosa ao empregador (dispensa injusta), caso evidenciado o rompimento do vínculo; coloca, em consequência, sob o ônus da defesa, a prova de modalidade menos onerosa da extinção do contrato (pedido de demissão ou dispensa por justa causa, por exemplo). Faz presumida também a própria continuidade do contrato, lançando ao ônus da defesa a prova da ruptura do vínculo empregatício, em contextos processuais de controvérsia sobre a questão (2009, p. 194)

Conclui-se, assim, que a despedida é via excepcional, na medida em que foge ao princípio formador do negócio jurídico que é a continuidade.

1.1 A vedação da dispensa arbitrária

A continuidade da relação de emprego visa a observar a proteção ao emprego que se subdivide em duas vertentes. Uma relacionada às políticas públicas que visem, por exemplo, à garantia do pleno emprego, valorização do salário, novos postos de trabalho, dentre outras. Outra vertente é diretamente relacionada ao contrato de emprego, com medidas que visem garantir a permanência do empregado o que se dá por meio de regras de limitação e contingenciada rescisão por iniciativa do empregador.

Essas limitações ao direito potestativo em sentido amplo, muito embora não proíbam, estabelecem uma compensação pela despedida imotivada. São exemplos a multa do FGTS, o aviso prévio, etc. Já as limitações em sentido estrito apresentam-se por meio da proibição de dispensar ou da exigência de motivação.

Assim, pode-se dizer que o trabalho é dotado de valor social e econômico, o que levou o constituinte de 1988 a tratá-lo como fundamento do Estado Democrático de Direito, assim como a dignidade da pessoa humana. E por estarem dispostos no título II, capítulo II, da CF/88 os direitos sociais trabalhistas são tratados como fundamentais pois assim foram definidos pelo constituinte originário.

Ingo Sarlet preleciona que

Nesse contexto, convém relembrar desde logo, que ao positivar uma série de princípios fundamentais, a CF, no dispositivo que elenca os assim chamados fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito (artigo 1º), previu os valores sociais do trabalho e a

livre iniciativa no mesmo inciso (IV) e com a mesma relevância e hierarquia axiológica, evidenciando um compromisso com a simetria entre capital e trabalho, no mínimo, contudo, espancando qualquer leitura parcial e sectária. Dito de outro modo, eventual priorização da dignidade da pessoa humana, prevista expressamente no inciso anterior (Artigo 1º, III), não poderá justificar negativa de condição de preceito fundamental seja os valores sociais do trabalho, seja no que diz com a própria iniciativa que, ademais, juntamente com a valorização do trabalho humano e a busca pelo pleno emprego, volta a ser objeto de expressa menção no âmbito dos princípios de ordem econômica (artigo 170, caput e inciso VIII), numa articulação teológico-sistemática que haverá de ser permanentemente considerada pelo legislador e pelos interpretes e aplicadores da CF (2016, p. 33/34)

A continuidade da relação de emprego é, portanto, direito fundamental do empregado, reconhecida expressamente no Brasil no artigo 7º, I da CF/88.

A divergência doutrinária em relação aos preceitos fundamentais expressos pelo legislador constituinte é o resultado do eterno debate entre capital e trabalho, tempo e remuneração, e remonta ao tempo do primeiro ato normativo editado pela OIT, a Recomendação 119 de 1963.

A recomendação já delineava a ideia de proteção contra a dispensa imotivada que influenciou mais de vinte países que passaram a exigir a justificação para rescisão contratual imotivada por iniciativa do empregador. Após dez anos da publicação da recomendação, quarenta e cinco países passaram a exigir a justificativa para dispensa imotivada dos quais citamos Alemanha, Bulgária, Congo, Cuba, Chile, Egito, Espanha, Finlândia, França, Índia, Itália, México e Noruega. Doze países instituíram recursos em caso de dispensa abusiva ou injustificada (citamos como exemplo Austrália e Bélgica)

e três países (Grécia Polônia e Suíça) adotaram a como proteção ao emprego o conceito do abuso de direito (MONACO, 2014).

O princípio da proteção foi então observado pela Convenção nº 158 da OIT, que entrou em vigor no plano internacional em 23/11/1985, por meio da qual ficou estabelecida a exigência de justificativa para o término da relação de emprego relacionada com a capacidade ou conduta do empregado ou na necessidade de funcionamento da empresa, observando assim o equilíbrio entre capital e trabalho.

Dos trinta e seis Estados-Membros que ratificaram a Convenção 158 da OIT, apenas o Brasil a denunciou, não havia como ser diferente. À época da aprovação da Convenção 158 da OIT (1982), sequer tínhamos a ainda recente CF/88.

O atraso na observância de direitos sociais pode ser visto em época ainda mais remota. Em 1888, enquanto o Brasil assinava a Lei Áurea (GOMES, 2019), em 1890 o governo norte americano era o primeiro país a declarar a jornada de trabalho limitada a oito horas (MARTINEZ, 2019, p. 401).

Muito embora a doutrina brasileira adote o Princípio da Continuidade da relação de emprego, sua aplicação é tímida, na medida em que sequer há regulamentação do disposto no inciso I do artigo 7º da Constituição Federal, tampouco do artigo 10 do ADCT, e ainda, considerando que as medidas atuais do governo visam a “estimular” a economia por meio do saque automático do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço- FGTS²²⁵, o que nos permite afirmar que nosso ordenamento jurídico passa ao largo de todo e qualquer

²²⁵ Em verdade, o FGTS só passou a existir a partir da CF/88 quando, por meio da Assembléia Constituinte, veio substituir a decenal, resultam na total inaplicabilidade de qualquer garantia ou emprego ou observância ao princípio da continuidade da relação de emprego.

avanço de direitos sociais e, portanto, da própria sociedade, situação que nos força ao estudo detido das hipóteses de cessação do contrato de emprego por justa causa.

Como dito, trata-se de situação não só excepcional, como também constitui o amplo direito potestativo do empregador por ser ato unilateral e punitivo – sem direito a qualquer tipo de defesa do empregado celetista, permitindo a supressão de verbas que seriam devidas na rescisão imotivada –único resquício do princípio da continuidade da relação de emprego.

1.2 A justa causa como hipótese excepcional de cessação do contrato de trabalho

Sérgio Pinto Martins afirma que se o emprego das expressões resolução, resilição e rescisão é incerto e discutível entre os doutrinadores, mais confunde do que esclarece; deve ser abandonado (MARTINS, 2012). Já a CLT não faz distinções, utiliza o vocábulo “rescisão” como sinônimo de qualquer causa de dissolução dos contratos.

Data máxima vênia, para a presente discussão, é de fundamental importância conhecer a denominação correta dos tipos de cessação do contrato de emprego para a compreensão do texto técnico, na medida em que cada uma das espécies de cessação conceitua o sujeito motivador da extinção contratual.

A cessação do contrato de emprego ocorre de duas formas. A primeira por via normal, ou seja, quando o contrato de emprego é extinto em decorrência do termo final ou pela obtenção dos propósitos contratuais. A segunda se dá de forma excepcional, quando o contrato de emprego é dissolvido prematuramente. Neste caso se o ato é imotivado de uma ou ambas as partes é chamado de resilição. Se o ato

for motivado (faltoso) é chamado de resolução e se for decorrente de nulidade, chama-se rescisão.

Dá-se o nome de pedido de demissão quando a cessação do contrato de emprego parte de iniciativa do empregado e de despedida ou dispensa quando o ato parte de iniciativa do empregador.

Segundo Maurício Godinho Delgado, justa causa é o motivo relevante, previsto legalmente que autoriza a resolução do contrato. O ato culposo pode partir do empregado ou do empregador, ou seja, é conduta tipificada em lei que autoriza a resolução do contrato nesta modalidade (2009).

Amauri Mascaro Nascimento afirma que “considera-se justa causa o comportamento culposo do trabalhador que, pela sua gravidade e consequência, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho” (1991, p. 191).

A normativa da justa causa é apresentada por meio de hipóteses de ato do empregado na forma do artigo 482 da CLT. Muito se discute na doutrina e jurisprudência se o rol de hipóteses que justificam a justa causa é taxativo (tipicidade legal) ou exemplificativo.

Delgado (2009) afirma que o direito do trabalho incorporou o princípio penal clássico de que não há infração sem previsão legal anteriormente expressa, contudo, mesmo à luz do critério taxativo, a legislação trabalhista não pode ser considerada tão rigorosa quanto à penal, na medida em que as hipóteses previstas no artigo 482 da CLT são plásticas e flexíveis, a exemplo, o mau procedimento previsto no item “b” do artigo 482 da CLT, o que nos permite dizer que os empregados são tratados não só de forma menos protetiva em relação os sujeitos da ação penal, como também de forma mais severa.

Tal fato é verificado no atual cenário jurídico-político, na medida em que, enquanto o Supremo Tribunal Federal proíbe a prisão

sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, há uma avalanche denominada “liberdade econômica”, composta por “reformas” previdenciária e trabalhista que, de forma árdua, defendem a supressão de direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores sob o manto da afirmativa de serem essenciais ao crescimento econômico, como se este não necessitasse do paralelo crescimento social.

Assim, a lei permite por meio de um rol “taxativo” de hipóteses a despedida por justa causa do empregado quando este, no exercício do trabalho, violar deveres de conduta que podem ou não estar relacionados ao pacto laboral, mas que resultam na impossibilidade de manutenção do vínculo empregatício.

2. TRABALHO E CRIME: A HIPÓTESE DE DISPENSA MOTIVADA POR CONDENAÇÃO CRIMINAL DO EMPREGADO

O artigo 482, alínea “d” da CLT de forma literal dispõe que a condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena, constitui justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador.

A aplicação ao contrato de emprego do “tipo” punitivo previsto pelo ordenamento trabalhista deve primeiro ser analisado sob o manto do princípio fundamental da presunção de inocência, dito de outro modo, para a aplicação da justa causa, deve-se ter como condição a existência de sentença penal condenatória transitada em julgado, sob pena de violação ao artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Indispensável à análise da aplicação da justa causa é também a relação entre ato faltoso com o contrato de emprego, ou seja, se o

ato ensejador da ação penal é ou não relacionado ao negócio jurídico mantido entre as partes.

A Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, no voto proferido pelo Ministro Vieira de Mello Filho no julgamento do agravo de instrumento em recurso de revista nº 373-66.2010.5.02.0465, afirma que, ainda que sobrevenha sentença penal condenatória transitada em julgado, nos casos em que o fato ensejador da condenação criminal não guarde relação direta com o contrato de trabalho, e constatado que o cumprimento da pena não interfere no ordinário cumprimento da atividade laboral, não se há de falar em justa causa, sob pena de ingerência da Justiça do Trabalho nas demais esferas de repercussão do ato ilícito. Vejamos:

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. PROCESSO NÃO REGIDO PELA LEI Nº 13.015/2014 E SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. DISPENSA POR JUSTA CAUSA. CONDENAÇÃO CRIMINAL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. TRÂNSITO EM JULGADO. REGIME SEMIABERTO. O art. 482, d, da CLT dispõe que constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador a condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena. Entretanto, em casos nos quais o fato ensejador da condenação criminal não guarde relação direta com o contrato de trabalho, constatada que o cumprimento da pena não interfere no ordinário cumprimento da atividade laboral, não se há de falar em justa causa, sob pena de ingerência desta Justiça nas demais esferas de repercussão do ato ilícito, ou ainda, de forma mais grave, sob pena de acolhimento de prática discriminatória no âmbito da relação de trabalho. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. SÚMULA Nº 126 DO TST. Na hipótese, consoante fundamentos delineados pela instância ordinária, soberana no exame do conjunto fático-probatório dos autos, restou comprovado que o autor e o paradigma apontado exerciam as mesmas funções. Não foi

produzida prova capaz de afastar a identidade de funções pretendida pelo autor. Na forma como posto, para se chegar a conclusão diversa no sentido de que as funções desempenhadas não eram idênticas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos. Incide o óbice da Súmula nº 126 do TST. Agravo desprovido (TST; Ag-AIRR 0000373-66.2010.5.02.0465; Sétima Turma; Rel. Min. Vieira de Mello Filho; DEJT 13/12/2019; Pág. 4851).

Ou seja, além do fato culposo ter que guardar relação com o contrato de emprego, é de suma importância para a aplicação da justa causa a espécie de constrição de liberdade imposta ao empregado, na medida em que apenas o encarceramento impede a prestação de serviços.

Assim, a previsão do artigo 482, d, da CLT, em sua interpretação teleológica, refere-se à inviabilidade da prestação de serviços em razão do empregado estar cumprindo pena privativa de liberdade, isto porque o que caracteriza a justa causa não é a condenação criminal com o trânsito em julgado, mas sim o encarceramento que importa na impossibilidade do empregado fisicamente prestar o serviço (SARAIVA; SOUTO, 2018, p. 233-234).

Importante destacar ainda que, diferentemente da questão acima abordada, o simples encarceramento não torna lícita a despedida por justa causa. É que a prisão meramente provisória não extingue o contrato, embora inviabilize seu adimplemento pelo empregado, o que tem como consequência a suspensão do contrato de emprego na forma do artigo 472, caput e § 1º, combinado com o artigo 483, § 1º da CLT (DELGADO, 1991).

Nesse sentido se posicionou recentemente o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região:

REVERSÃO DA DESPEDIDA POR JUSTA CAUSA EM DESPEDIDA IMOTIVADA. ABANDONO DE EMPREGO. PRISÃO PROVISÓRIA DO EMPREGADO. O abandono de emprego constitui justa causa para a rescisão contratual pelo empregador, sendo necessário, à sua configuração, a presença de dois elementos, quais sejam, o elemento objetivo - ausência ao trabalho por, pelo menos, 30 dias, conforme jurisprudência pátria; e o elemento subjetivo - ânimo de abandonar o emprego, manifestado pelo silêncio diante da ausência prolongada. Hipótese em que o trabalhador, por estar preso, esteve afastado do emprego por mais de 30 dias. Como a prisão provisória do empregado configura hipótese de suspensão do contrato de trabalho, por impossibilidade fática de prestação de serviços, não há falar em abandono de emprego, uma vez que ausente o " animus abandonandi". (TRT 4ª R.; RO 0021151-24.2017.5.04.0023; Sétima Turma; Rel. Des. João Pedro Silvestrin; DEJTRS 01/10/2018; Pág. 228).

No mesmo sentido decidiu o TRT da 10ª Região, em decisão do ano de 2019:

JUSTA CAUSA. PRISÃO DE EMPREGADO. AUSÊNCIA DO ANIMUS ABANDONANDI. Não comprovada a intenção do empregado em abandonar o emprego, dado que o seu afastamento decorreu de seu aprisionamento, mantém-se a sentença quanto a reversão da justa causa aplicada. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. GRATUIDADE JUDICIÁRIA. ART. 791-A, § 4º, DA CLT. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL. É inconstitucional a expressão. .. Desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa. ..., do art. 791-A da CLT, devendo ser suspensa a exigibilidade dos honorários advocatícios, assim como afastada a sua compensação com outros créditos trabalhistas, quando se tratar de partes hipossuficiente (art. 5º, incisos II e LXXIV da CF). (Verbete nº 75/2019 do eg. Tribunal Pleno). (TRT

10ª R.; RORSum 0000191-78.2018.5.10.0012; Terceira Turma; Rel. Des. Ricardo Alencar Machado; DEJTDF 08/11/2019; Pág. 1037)

Igualmente é hipótese de suspensão do contrato do emprego, e não de despedida por justa causa, o afastamento do cargo previsto na Lei 12.850/13, que trata do crime organizado. O Artigo 2º, § 5º, dispõe que “Se houver indícios suficientes de que o funcionário público integra organização criminosa, poderá o juiz determinar seu afastamento cautelar do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à investigação ou instrução processual”.

O dispositivo mais uma vez nos permite afirmar que tanto a lei penal, quanto a destinada ao empregado público, são mais brandas e protetivas em relação à legislação destinada aos empregados da iniciativa privada regidos pela CLT.

A afirmativa pode ser vista em todos os tribunais, a exemplo do TRT da 4ª Região, em voto proferido também no ano passado:

CARRIS. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DESPEDIDA POR JUSTA CAUSA. DIREITO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. INDEFERIMENTO DE PROVA TESTEMUNHAL. A dispensa de empregado público por justa causa não padece de vício por ausência de motivação, desde que a justa causa seja explícita, caracterizando-se como a própria motivação. Todavia, não tendo sido garantido o direito de defesa ao empregado no procedimento administrativo instaurado pelo empregado, deve-se oportunizar a produção de prova testemunhal na ação trabalhista que questiona a configuração da justa causa e a própria decisão do empregador de dispensar por justo motivo, sob pena de inviabilizar qualquer defesa e contraditório ao trabalhador. Recurso do reclamante provido para reconhecer a nulidade por cerceamento de defesa e determinar a reabertura da instrução, possibilitando a produção de prova testemunhal. (TRT

4ª R.; ROT 0020794-50.2017.5.04.0021; Décima Turma; Rel. Des. Janney Camargo Bina; DEJTRS 20/12/2019; Pág. 437)

Do exposto, é possível afirmar que a despedida por justa causa na hipótese do artigo 482, alínea “d” da CLT somente é possível quando o empregado condenado em ação penal transitada em julgado for recolhido ao sistema prisional, pois somente assim ficará impossibilitado fisicamente de prestar o serviço. Não se vincula, portanto, o ato faltoso praticado pelo empregado, objeto da ação penal, ao contrato de emprego, tampouco é lícito ao empregador aplicar nova punição por eventual crime cometido pelo empregado, sob pena de restarem violados princípios formadores do Estado Democrático de Direito.

2.1 O princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência é inafastável ao estudo da justa causa fundada em sentença penal condenatória, na medida em que estão em discussão os limites do reconhecimento deste que é um verdadeiro direito fundamental, intimamente imbricado ao direito à liberdade e à dignidade humana.

A origem do reconhecimento da presunção de inocência remonta à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, do séc. XVIII, que, em seu art. 9º, previa que “Todo homem será presumido inocente até que tenha sido declarado culpado”.

A evolução dos direitos do homem e do cidadão a partir de então ganha força no plano universal, com o progressivo empenho conjunto de inúmeros países que passaram a compor organismos internacionais., cujo objetivo era, primacialmente, a manutenção da paz e da segurança internacionais; a limitação da soberania e a

convivência comum necessária ao progresso da humanidade (FRANCO FILHO, 2013).

Nesse sentido, com o fim da Segunda Guerra Mundial, em 1945 surgiu a Organização das Nações Unidas (ONU), em substituição à antiga sociedade das nações criada em 1919 pelo Tratado de Versalhes. Recém criada, a ONU representou a tentativa de diversos países de criar um ambiente de paz entre as nações, com especial interesse no fortalecimento dos direitos humanos, cujo principal documento é, sem dúvidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

O artigo XI da Declaração dispõe que “Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

Com o mesmo espírito, em 1969 a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, ratificada pelo Brasil em 22 de novembro do mesmo ano, também estabelece que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” (artigo 8º, 2).

No plano normativo interno brasileiro, a presunção de inocência está prevista no artigo 5º, LVII, e é garantia por meio de um enunciado negativo universal, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória” (SILVA, 2014, P. 158).

Estabelecido no rol de direitos fundamentais, trata-se a presunção de inocência de "princípio reitor do processo penal e, em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema

processual através do seu nível de observância (eficácia)” (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 117).

Nesse parâmetro, a alínea “d” do artigo 482 da CLT somente pode ser lida de forma literal, na medida em que admitir a dispensa motivada sem o trânsito em julgado e sem a necessidade de encarceramento viola frontalmente os direitos fundamentais da pessoa humana, dentre eles o da presunção de inocência.

CONCLUSÃO

Como visto, a prática trabalhista nos Tribunais tem revelado a conduta de muitos empregadores que, no intuito de imbuir-se do poder punitivo estatal, atuam como “braços” da ação penal e se antecipam ao decreto condenatório, sancionando o empregado à despedida por justa causa, quando sequer existe trânsito em julgado da sentença condenatória, ou seja, sem sequer ter se comprovado a responsabilidade penal.

Como se percebe, a legislação laboral, em obediência ao princípio constitucional de presunção de inocência, não prevê a possibilidade de nova punição por eventual crime, pelo contrário, a lei obreira apenas autoriza a rescisão por justa causa em razão do empregado não ter a possibilidade de prestar fisicamente o serviço.

Nesse sentido, a pura existência de ação penal, até mesmo quando há sentença penal condenatória decorrente de ilícito não relacionado ao contrato de emprego, não pode nele interferir, assim como não poderia interferir no contrato de emprego uma questão cível não relacionada ao objeto do contrato de emprego.

Portanto, para que seja lícita a despedida por justa causa decorrente de ação penal condenatória transitada em julgado, é necessário que a pena imposta seja de reclusão em regime fechado ou

semiaberto, porque apenas tais modalidades de execução penal impossibilitam materialmente que o empregado preste o serviço objeto do contrato de emprego.

Assim, o reconhecimento formal do direito à presunção de inocência, cuja previsão ocorre não apenas no plano constitucional brasileiro, mas em maior medida no plano convencional interamericano e universal dos direitos humanos, impede que se interprete ampliativamente o conteúdo da regra prevista no artigo 482, “d”, da CLT.

REFERÊNCIAS

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. CONVENÇÃO 158. 23 de novembro de 1985. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236164/lang-pt/index.htm. Acesso em 20 jan 2020.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: Ltr, 2009, p. 194.

FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. **Dicionário Brasileiro de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013.

GOMES, Laurentino. **Escravidão– Vol. 1: Do primeiro leilão de cativos em Portugal até a morte de Zumbi dos Palmares**. Rio de Janeiro Globo Livros, 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal.** Trad. Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Manual de direito do trabalho.** São Paulo, Atlas, 2012.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho.** 10. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MONACO, M. D. **Suporte fático do direito fundamental ao trabalho (art. 7º, I, da Constituição):** análise à luz do pensamento cepalino. 2014. 194 f. Dissertação (Mestrado em Direito)- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação do Direito do Trabalho,** 17 ed. São Paulo: LTr, 1991.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho.** 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios do Direito do Trabalho.** 3.ed. São Paulo: LTr, 2004.

SARAIVA, Renato; SOUTO, Rafael Tonassi. **Direito do Trabalho.** Salvador: JusPodivm, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais e a sua proteção na Constituição Federal Brasileira de 1988. *In: Márcio Túlio Viana; Cláudio Jannotti da Rocha. (Org.). Como aplicar a CLT à luz da Constituição:* Alternativas para os que militam no foro trabalhista - obra em Homenagem à Profa. Gabriela Neves Delgado. São Paulo/SP: LTr Editora, 2016, v. 01, p. 28-35.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição.**
São Paulo: Malheiros, 2014.

**DA GARANTIA TRABALHISTA DE FÉRIAS E DO
TÉRMINO DE CONTRATO PARA
TRABALHADORES TERCEIRIZADOS ANTES E
DEPOIS DO COVID-19**

***THE LABOR GUARANTEE OF VACATION AND
TERMINATION OF CONTRACT FOR OUTSOURCED
WORKERS BEFORE AND AFTER COVID-19***

*Ana Luísa Tostes Filgueiras Fernandes*²²⁶

*João Gabriel Têu Soares*²²⁷

*Jair Aparecido Cardoso*²²⁸

*Andréia Chiquini Bugalho*²²⁹

²²⁶ Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. E-mail: analuisat93@usp.br.

²²⁷ Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. E-mail: jgteusoares@usp.br.

²²⁸ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP-USP). Coordenador de do grupo de pesquisa "Transformação do Direito do Trabalho na sociedade pós-moderna e seus reflexos no mundo do trabalho (GEDTRAB FDRP/USP). E-mail: jaircardoso@usp.br.

²²⁹ Mestre em Direito Coletivo e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP), Professora da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito Ribeirão Preto – USP (FDRP/USP); Líder e membro do grupo de pesquisa “Contemporaneidade e Trabalho” da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Líder e membro do grupo de pesquisa “A Transformação do Direito do Trabalho na sociedade pós-moderna e seus reflexos no mundo do trabalho “da FDRP/USP. E-mail: andreiabugalho@gmail.com

RESUMO

A pandemia do novo coronavírus atingiu a economia do país de uma forma preocupante. Milhares de trabalhadores vivem hoje em situações miseráveis ocasionadas pelo desemprego que a pandemia ocasionou, sendo que os trabalhadores que ainda mantiveram seus empregos alvos de negação de direitos básicos. Trabalhadores terceirizados têm sido vítimas constantes desse processo. Antes mesmo de uma pandemia, a problemática do não atendimento de direitos para terceirizados já era real e tema constante dentro da Justiça do Trabalho. Cita-se aqui como principal direito negado o direito de férias, que é uma realidade distante para os servidores terceirizados. Em um breve histórico sobre a terceirização, é visível o descaso do país com esse setor que é a base do progresso liberal da economia. Busca-se, portanto, uma análise da legislação em torno da terceirização que se mostra breve, baseada praticamente em jurisprudência no Brasil. Em termos de término de contrato, nota-se inconstâncias ao procedimento de demissão, o que torna o processo de demissão injusto e sem nenhum sistema de amparo para os trabalhadores. A garantia dos direitos dos trabalhadores terceirizados bem como uma devida regulação dos sistemas de proteção dos mesmos são fundamentais para o acesso de Justiça no país e salvaguarda do princípio da igualdade entre trabalhadores, base do Direito do Trabalho no país, principalmente em um momento tão sensível quanto esse instaurado pela pandemia do Covid-19.

Palavras-chave: Terceirização. Direitos. Término de Contrato. Coronavírus.

ABSTRACT

The new coronavirus pandemic has hit the country's economy in a worrying way. Thousands of workers are living today in miserable situations caused by unemployment caused by the pandemic, with workers who still maintain their jobs being denied basic rights.

Outsourced workers have been constantly involved in this process. Before the Covid-19, a problem of non-compliance of rights for outsourced workers was already a real and constant theme within the Labor Court. Here, as the main right denied, the right of paid vacation is a distant reality for outsourced servers. In a brief history of outsourcing, the neglect from the country with the outsourcing sector is visible, even though the sector is the basis of a liberal progress of the economy. Therefore, it seeks an analysis of the legislation on outsourcing that shows itself briefly, relying almost exclusively on Brazilian jurisprudence. In terms of the contract termination, there are inconsistencies in the dismissal procedure, which makes the dismissal process unjustified and without any support system for workers. The guarantee of rights for outsourced workers and proper regulation of their protection systems are fundamental for the access to justice in the country and the rescue of the principle of equality among workers, the basis of Labor Law in the country, especially at such a low moment as the one established by the Covid-19 pandemic.

Keywords: Outsourcing. Rights. Termination of Contract. Coronavirus.

INTRODUÇÃO

Pela primeira vez em décadas, uma pandemia desestabilizou ainda mais o mundo inteiro. A propagação do vírus da Covid-19 - também conhecido como Coronavírus -, paralisou o país inteiro, tendo em vista a facilidade de contaminação que o mesmo apresenta: 955.377 casos confirmados e 46.510 vítimas (MINISTÉRIO DA SAÚDE, COVID 19, 2020). Não obstante, o setor econômico foi o que mais sofreu com a paralisação, de modo que muitas empresas faliram ou estão próximas de fecharem suas portas: para isso houve um auxílio disponibilizado pelo Governo Federal Contudo, na maioria dos casos,

o valor disponibilizado não é o suficiente para a manutenção dos funcionários.

Tendo em vista a situação crítica das empresas, coloca-se em pauta a situação daquelas empresas auxiliares dessas, também conhecidas como *empresas de serviços*, ou *terceirizadas*. Tendo em vista a natureza acessória dessas empresas, ou seja, dependentes de empresas consumidoras de serviços, muitos funcionários terceirizados estão submetidos a um estado de incertezas sobre os seus direitos trabalhistas

Este artigo busca analisar o quadro atual desses funcionários, e conseguir ter um maior entendimento dos dois direitos que mais são colocados em pauta nesse momento: a garantia de férias dos funcionários terceirizados, e a extinção do vínculo empregatício desses indivíduos.

1 TERCEIRIZAÇÃO: CONCEITO E LEGISLAÇÃO

1.1 Conceito

O fenômeno da terceirização, ou subcontratação (DRUCK, SENA, MORENA PINTO, ARAÚJO, 2018, p. 1), arraigado fortemente no mundo inteiro, se difundiu para todos os tipos de serviços e atividades de trabalho, cada uma possuindo suas próprias regulamentações e legislações.

A expressão “terceirização” é originária da palavra “terceiro”, interpretado aqui como algo “intermediário” - essa construção remete à área de administração das empresas, e busca enfatizar uma *descentralização* da empresa (DELGADO, 2018, p. 540). Configura-se como descentralização empresarial o processo no qual as atividades realizadas dentro de uma empresa afastam-se do modelo centralizado

de atividade- onde há a presença de hierarquia rígida, e de autoridades administrativas que decidirão sobre a execução de todas as atividades dentro da empresa. Já a descentralização ocorre quando o papel de autoridade e fiscalização da operação empresarial é distribuída aos setores, anteriormente encontrados em situação inferior na hierarquia administrativa. A terceirização está intimamente ligada a esse processo, já que passa a ser competência da empresa contratada o cuidado das atividades não diretamente ligadas com a linha de produção da empresa contratante- a empresa “principal” reduz a dimensão que terá que administrar para se concentrar totalmente na linha de produção.

Ademais como um fenômeno precursor da própria terceirização, cita-se o período transicional do modelo mercantilista para o modo capitalista, no qual o trabalho assalariado passou a se tornar a base do modelo capitalista (DRUCK, SENA, MORENA PINTO, ARAÚJO, 2018, p. 1). Existem relatos de que na Inglaterra e na França, durante o decorrer do século XVI, a terceirização era utilizada como uma maneira de controlar aqueles artesãos independentes, assim, mercadores-empregadores sujeitavam esses trabalhadores a uma situação de perda de independência sobre o próprio trabalho (SILVA, 2004, p. 27). Contudo, a eclosão da terceirização como técnica em si se encontra nos EUA durante o período da Segunda Guerra: diversas atividades de suporte àquelas consideradas essenciais- a atividade de produção de armamentos- começaram a ser solicitadas para intensificar a eficiência da atividade principal; desse modo, não sendo um fenômeno apenas norte-americano, mas se tornando a perspectiva internacional adotada pela maioria das empresas (JORGE, 2011, p.99) da época.

Diante disso, o cenário das empresas baseado na divisão e hierarquização integral da linha de produção- p. ex. modelo fordista

de produção- começa a sofrer alterações sucintas, tendo em vista a eficácia que esse processo representava. Não apenas aumentava-se o cuidado com a qualidade das atividades principais da empresa contratante, mas as próprias atividades auxiliares eram realizadas com maior sofisticação- essas empresas contratadas se especializavam exclusivamente para a realização dessas atividades.

A terceirização seria uma forma de tecnologia em que há compra sistêmica e intensiva de serviços especializados, para então serem anexados como atividade-meio à atividade-fim da empresa que está comprando (SILVA, 2004, p. 27) - configurando assim uma relação pautada na “parceria”. Não obstante, Carlos Alberto Queiroz, conceituando a subcontratação diz:

A parceria é essencial para a caracterização da terceirização. É um comprometimento mútuo com o resultado final do trabalho, em busca de ‘qualidade, diminuição de custos, produtividade, eficiência e eficácia’ de forma que haja uma integração tal entre as partes que transcenda a uma formalização de contrato (QUEIROZ, 1998, p.35)

Nesse contexto, desenvolve-se um *modelo trilateral*, em que o trabalhador terceirizado é inserido no processo produtivo daquele que demanda os serviços, mas sem estender a esse trabalhador os laços justralhistas- este existe com a entidade “interveniente”, a empresa que terceiriza. Portanto, esse processo terceirizante demonstra-se como distinto do modelo tradicional de empregador-empregado:

O obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido (DELGADO, 2018, p. 540).

Esse termo já incorporado pelo léxico jurídico brasileiro é utilizado na ciência da administração, em que se busca estabelecer um significado para a subcontratação de serviços. No entanto, esse novo vínculo jurídico apresenta graves falhas quando comparado aos objetos fundamentais do Direito do Trabalho. *Exempli gratia*, a terceirização possibilita que haja um rebaixamento de patamares entre o trabalhador terceirizado (DELGADO, 2018, p. 541) e aquele diretamente contratado pela empresa “principal”, em relação à retribuição material: envolvendo o menor montante remunerado pelo terceiro, e pelo rol de vantagens e proteções garantidas pela empresa aos funcionários diretamente contratados.

Não apenas isso, como referido por Maurício Delgado (DELGADO, 2018, p. 541), mas a “fórmula terceirizante” finda em um enfraquecimento da própria identidade pessoal e profissional do trabalhador, tendo em vista que a própria sociedade diminui o valor desses trabalhos e o valor do próprio trabalhador. Ou seja, acaba também por representar um retrocesso em relação às conquistas trabalhistas adquiridas ao longo da história. E, devido a esses fatores de desvalor do trabalho e retrocesso das garantias trabalhistas- choque com aquilo presente do Direito do Trabalho e aquilo presente na própria Constituição-, essa fórmula contratual vem sendo restringida por doutrinas e jurisprudências (DELGADO, 2017).

No que diz respeito à legislação aplicável ao trabalhador terceirizado no Brasil, merece destacar que ela é carente de regulamentação específica, porém apresenta uma imensidão de construções jurídicas e aparatos de proteção ao trabalhador terceirizado por vias jurisprudenciais. Cita-se como exemplo o art. 94 II da Lei nº 9.472/97 e a Súmula nº 331 do TST.

O art. 94 II da Lei nº 9472/97 diz respeito ao trabalho realizado junto a concessionárias no que diz respeito a contatação de terceiros.

Já a súmula 331 do TST já impõe limitações à terceirização, trazendo a responsabilidade subsidiária dos créditos trabalhistas ao tomador dos serviços. A súmula também parte do pressuposto do entendimento geral da atividade meio e atividade-fim, mas a doutrina traz questionamentos plausíveis quanto a esse critério. Além disso ainda apresenta a questão da legalidade da contratação, que traz à tona, por sua vez, a licitude ou ilicitude da contratação em terceirização. Novamente, a falta de especificação em atividade-meio e atividade-fim reflete como consequência uma insegurança jurídica, pois a definição se afasta da realidade produtiva de cada atividade (SOUTO MAIOR, 2004, p. 119).

Nesse sentido, tem-se que a terceirização lícita é aquela que promove *atividades-meio*, podendo passar a responsabilidade subsidiária ao contratante em caso de inadimplemento de obrigações trabalhistas pelo fornecedor. Na prática, em caso de um fornecedor não pagar salários aos trabalhadores terceirizados, cabe ao contratante do serviço o adimplemento da obrigação: por exemplo, um fornecedor de trabalhadores terceirizados especializados em serviços de limpeza (sugerindo atividade-meio, que será melhor explicada adiante) que não cumpre com o pagamento de salários ou qualquer outra garantia trabalhista, como as férias remuneradas e/ou décimo terceiro, passará, por força jurisprudencial, a responsabilidade aos contratantes do serviço.

Por outro lado, a terceirização ilícita recai sobre a contratação de serviços com *atividades-fim*, o que geraria vínculo empregatício entre trabalhador e aquele que toma os seus serviços. Por isso, a justificativa de contratos e incentivo ao desenvolvimento de trabalhos terceirizados, por apresentarem baixos custos, não podem ser consagradas em termos do desenvolvimento de uma empresa, tendo em vista a natureza das atividades-fim: essa está ligada ao núcleo de

empreendimento da atividade empresarial, ou seja, promove o objeto principal e possui a essência da atividade produtiva do tomador dos serviços.

A proteção do trabalhador terceirizado recai, justamente, sobre a aplicabilidade da jurisprudência utilizada pelo juiz, tendo esse que avaliar todo o contexto em que o trabalhador e o empregador se inserem. Como afirma Melhado (MELHADO, 1996, p. 1329), o juiz não deve apenas utilizar-se de conceitos e categorias jurídicas, mas também, ao possuir em mãos os autos, “ter sensibilidade de levar em conta o conteúdo das relações sociais e humanas”.

Portanto, o juiz deve usar de seu poder, até certo ponto, discricionário para suprir a distância entre julgador e julgado, situação está imposta pelo Direito por meio de uma linguagem prolixa, prejudicando o acesso à justiça. O entendimento da relação de trabalho é essencial, bem como a garantia de mecanismos que facilitam o contato do trabalhador com a Justiça: a regulação de sindicatos com assistência jurídica e disponibilização de informações acerca de direitos trabalhistas através de cartilhas de orientação legal, por exemplo, são essenciais para reduzir as desigualdades entre contratados e contratantes.

Por fim, a precariedade da legislação trabalhista em torno da terceirização aponta uma necessidade inquestionável de coerência e respeito ao histórico jurisprudencial, evitando, assim, mais perdas de garantias aos trabalhadores.

Nesse sentido, a necessidade do princípio da igualdade entre trabalhadores é instrumento principal ao analisar os direitos do trabalhador terceirizado. Há desigualdade entre os trabalhadores e reconhecer isso cria uma melhor compreensão do ordenamento jurídico em prol da classe trabalhadora.

A garantia constitucional de igualdade entre cidadãos da Carta Magna de 1988 é essencial para a equivalência de trabalhadores terceirizados para com os demais empregados, e, por isso, entende-se que o trabalhador incluso no sistema de terceirização deve possuir todos os direitos assim como os trabalhadores não terceirizados. Logo, é constitucionalmente insustentável haver diferenças salariais e garantias desiguais de direitos trabalhistas pelo simples fato de um trabalhador ser terceirizado. Assim, independentemente do vínculo laboral na qual foi estabelecido a relação de trabalho- seja terceirizado ou não-, o trabalhador deverá possuir todas as garantias trabalhistas.

Além disso, essa carência de especificação legislativa sobre o trabalho terceirizado foi satisfeita- não plenamente- em 2017, pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, a qual traz uma reforma trabalhista em torno dos direitos dos empregados de uma empresa contratante. Nesse sentido é explicitado mudanças na possibilidade de flexibilização de acordos entre empregado com o empregador, trazendo mais clareza às proteções trabalhistas. A exemplo disso, em questão de férias, seguindo a principal temática do artigo, a lei traz a faculdade ao empregado contratado em tempo parcial- jornada de trabalho de até vinte e seis horas semanais- a conversão de até um terço de seu período de férias em abono pecuniário.

2 DIREITOS TRABALHISTAS: FÉRIAS DE TERCEIROS

Como previsto pelo artigo 129 da Consolidação da Leis Trabalhistas (CLT), aprovado pelo Decreto-Lei nº 1.535, de 15 de abril de 1977, é regra que todo trabalhador terá direito anualmente ao gozo de um período de férias, sem prejuízo da remuneração. Entende-se, a partir disso, que o período de férias é computado como tempo de

serviço, não podendo ser descontado desse período, eventuais faltas do empregado.

Em estudos sobre a terceirização e seus impactos (Druck e Franco, 2008, 2016; Pochmann, 2008; Dieese/CUT, 2011; 2014; Gimenez e Krein, 2016) em ambientes controlados pode se retirar a conclusão que pela cultura de rotatividade dos funcionários pelas empresas terceirizadas contratadas, em busca de menores custos e implementos de tecnologia por meio de novas especializações, a estabilização de direitos trabalhistas não é ideal. Entende-se a partir da pesquisa que os direitos não só não são estáveis como são desrespeitados.

46% disseram que já ficaram sem tirar férias alguma vez, desde quando começaram a trabalhar na universidade. Quando perguntados se tiram férias regularmente, desde quando começaram a trabalhar na UFBA, 9% responderam que nunca tiraram férias; 31%, às vezes; e 46% responderam que tiram férias regularmente. (DRUCK, SENA, MORENA PINTO, ARAÚJO; p. 125)

Esse fenômeno além de comum é mascarado pela rotatividade de funcionários, a “troca de crachás”, com a empresa contratada quebrando o contrato com menos de um ano de serviços prestados, muitas vezes declarando falência e passando a responsabilidade de adimplemento dos direitos trabalhistas à próxima empresa na qual o funcionário será assimilado. Em caso de terceirização em setores públicos, também há de afirmar que há um sentimento de vínculo empregatício com o servidor, revelando a vontade de melhores condições de trabalho, melhor remuneração e, acima de tudo, o respeito aos direitos trabalhistas, tal como o direito de férias.

A mesma pesquisa ainda traz resultados assombrosos quanto a busca por esses direitos: cerca de 32% dos funcionários terceirizados

tem que buscar na Justiça do Trabalho os direitos negados. Iniciativas individuais ou coletivas e organizações sindicais são essenciais para o acionamento da Justiça do Trabalho, sendo 59% das vezes pedidos que envolviam em seu íterim não pagamento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), férias e décimo terceiro salário.

Há, portanto, sinais claros da precarização do trabalho dos terceirizados, principalmente no serviço público: a carência de informações sobre estatísticas que trazem o aumento ou diminuição do número de contratados por meio da terceirização de serviços, impede uma fiel fiscalização de cumprimento dos direitos trabalhistas (Amorim, 2009; Jacobsen e Cordeiro, 2015; Cunha, 2015; Costa, 2007; Silva, 2014; e Druck, 2016, entre outros). Essa falta de estrutura não comporta o número de contratos demandados por serviços terceirizados e prejudica o trabalhador.

Nesse tocante, há uma dupla responsabilidade que recai sobre o Estado, pela não sistematização dos contratos de serviços terceirizados, incentivo pela busca desses e má fiscalização do cumprimento dos direitos trabalhistas, e sobre as empresas prestadoras de serviços, com histórico fraudulento, de falências, inadimplências e falta do controle pelo contratante (DRUCK, SENA, MORENA PINTO, ARAÚJO; p. 132).

A respeito disso, apesar do fato que haja uma equiparação do trabalhador terceirizado aos demais trabalhadores, ainda há muitas diferenças e injustiças aos seus direitos mais básicos (citam-se aqui direitos como descanso semanal remunerado, pagamento de horas extras, adicional noturno, licença-maternidade ou licença-paternidade, entre outros.). As férias, e todo seu envolvente, são essenciais para a manutenção da dignidade do trabalhador e, independentemente de como são distribuídas, descontadas ou concedidas, fazem parte de um direito muito maior da pessoa humana.

A privação desse direito é prejudicial a todas as camadas da sociedade e precariza a iniciativa das empresas terceirizadas em comunhão com a empresa tomadora de serviços (no âmbito público ou privado) de oferecer uma redução de custos e aumento na qualidade dada o aumento de especialização dos trabalhadores. A tentativa neoliberal de se apresentar como a solução para uma economia fragilizada se torna falha no momento que a mão de obra é tratada como massa, sem ser individualizada e amparada por seus direitos mais que humanos.

3 TÉRMINO DE CONTRATO: DEMISSÃO DE TERCEIROS

3.1 Conceito de contrato

Um contrato trabalhista seria um acordo tácito ou expresso, no qual as partes acertam os direitos e obrigações que passarão a existir com esse compromisso. Ocorre nessa prática uma certa vinculação de indivíduos juridicamente livres, ou seja, afastado de relações já institucionalizadas de posse (DELGADO, 2018, p. 612): o contrato seria um instrumento jurídico habilitado a criar esse tipo de relacionamento entre seres, sem que ocorra comprometimento dos direitos fundamentais, ao passo em que é otimizado o exercício da liberdade e da vontade.

O artigo 442 da CLT define “*contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego*”. Independentemente do exposto, Maurício Godinho Delgado amplia a definição tratada no artigo e diz “*acordo de vontades, tácito ou expresso, pelo qual uma pessoa física coloca seus serviços à disposição de outrem, a serem prestados com pessoalidade, não*

eventualidade, onerosidade e subordinação ao tomador (DELGADO, 2018, p. 613)”

Desse modo, o autor reitera que um contrato empregatício será construído tomando como base elementos fático-jurídicos, elementos esses existentes na relação que será estabelecida, e que serão ajustadas pela vontade das partes.

Além disso, ainda conforme estabelecido por Delgado, existem diversos tipos de contratos, que podem ser determinados pela característica do procedimento no qual será executado os elementos integradores da atividade prometida e acordada entre as partes (DELGADO, 2018, p. 615-620). Por exemplo, primeiro seria o *contrato de direito privado*- realizado no âmbito privado do Direito, em que os sujeitos possuem natureza e interesses privados, o qual mesmo submetido à norma do Direito do Trabalho, e não se torna de Direito Público; e o *contrato sinalagmático*- resulta do contrato empregatício, com obrigações contrárias ou contrapostas.

Não obstante, reitera a presença do *contrato consensual*- contrato de maneira geral, como proposto pela CLT no art. 442-, e do *contrato celebrado “intuito personae”* - envolve apenas uma parte contratual, ou seja, envolve a infungibilidade do empregado. Assim como o *contrato de trato sucessivo*- o trabalho e as verbas salariais manifestam-se no tempo de forma contínua-, o *contrato de atividade*- para o empregado, a prestação principal seria a atividade, enquanto que para o empregador, a atividade seria a causa da formação do contrato-, e *contrato oneroso*- cada parte contribui com uma ou mais obrigações, em que há troca de sacrifícios e vantagens.

Por fim, existiriam o *contrato dotado de alteridade*- a atividade laboral percorre de forma alheia ao prestador, sendo apenas do conhecimento do adquirente os riscos dessa atividade-, e o *contrato*

complexo- existe possibilidade de se relacionar com outros contratos, agindo de forma acessória àquele principal.

Em suma um contrato deve apresentar os seguintes elementos jurídico-formais: *capacidade das partes, licitude do objeto de trabalho*, possuir *forma regular*, e que haja *livre manifestação da vontade* (DELGADO, 2018, p. 628) - evidencia-se a importância da manifestação da vontade para o estabelecimento de contratos no instante de adesão ao tratado, pois um contrato formado usando-se da coação destoaria com os princípios constitucionais de liberdade e igualdade.

Desse modo, tais elementos são essenciais para que um contrato detenha validade jurídica, de forma que pela ausência de algum desses elementos do Direito Civil, a relação empregatícia pode vir a se desfazer.

3.2 Contrato de trabalhador terceirizado

Nos casos de trabalhadores terceirizados, o vínculo contratual criado entre eles e o empregador segue exatamente o mesmo rigor apresentado no item anterior. Contudo, os efeitos jurídicos oriundos desse vínculo possuem certas peculiaridades, não existentes nos contratos em que não há terceirização.

Primeiramente, em relação ao “vínculo com o consumidor de serviços”: na Súmula 331, I e III do Tribunal Superior do Trabalho (TST), se mantém intacto o vínculo com a empresa terceirizante, de modo que não será reconhecido o vínculo do trabalhador terceirizado com a empresa que está contratando o serviço.

Ademais, no que diz respeito à equidade de salários, o art. 7º, XXXII (CF/1988) reitera a “proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos”.

Em relação ao *trabalho temporário*, não há dúvidas de que haverá equidade de salário entre o trabalhador temporário, terceiro ou não, e o trabalhador fixo- art. 12, “a”, Lei n. 6019/74. Contudo, a situação da isonomia não é a mesma para as situações de terceirização lícita que não envolvam o trabalho temporário: o novo § 1º do art. 4º-C da referida lei não acolheu a isonomia salarial, fixando a regra de que a equidade salarial dependerá da vontade entre as empresas pactuantes (DELGADO, 2018, p. 569). Consequentemente, isso acaba favorecendo ao rebaixamento social que esses trabalhadores já sofrem cotidianamente, haja vista que tomarão como preceito a ideia de que o trabalho que realizam é estruturalmente considerado inferior em relação aos demais trabalhos não terceirizados. Assim, além da já existente cisão entre os funcionários terceirizados e os não terceirizados dentro das empresas- configurando de certa forma uma segregação quanto à forma de tratamento entre eles-, a sociedade começa a avaliar tais atividades auxiliares como algo ordinário.

Por isto, somando o fator da não garantia da equidade salarial e de garantias trabalhistas, com o fato de que a maioria dos funcionários terceirizados exercem atividades *auxiliares*, como vigilância e limpeza, as pessoas passam a relacionar esses tipos de trabalhos com à realidade das classes mais baixas da sociedade: portanto é comum afirmarem que uma pessoa da classe “D” e “E” venha a realizar esse tipo de atividade, logo se tornando terceirizada, do que ser contratada diretamente por uma empresa e exercer atividades-fim para a contratante. Desse modo, a ausência de garantias específicas para com os terceiros, de modo que apenas as empresas contratantes e contratadas são beneficiadas pelo exercício dessas atividades- menor custo para as contratantes e garantia de lucro para a contratada-, contribuem para a desvalorização dos funcionários que exercem cargos terceirizados.

3.3 Conceito de demissão

Os negócios jurídicos, via de regra, nascem em algum instante, são cumpridos de forma parcial ou total, podem sofrer alterações ao decorrer do tempo em que está vigente, e por fim, é extinguido. Não seria diferente com o contrato de trabalho- uma relação jurídica entre indivíduos livres. Vale ressaltar que por muito tempo o Direito do Trabalho buscou manter o princípio da conservação do contrato, ou princípio da continuação da relação empregatícia: isso porque o desemprego não deve ser interessante à sociedade, e o emprego seria um instrumento que possibilita às pessoas de atingir a dignidade humana em suas vidas. Esse princípio, segundo Delgado (DELGADO, 2018, p. 1315), por mais que não seja regra geral na atualidade trabalhista, configura uma “presunção favorável ao trabalhador” - art. 7º, I (CF/1988). Essa presunção configura uma duração indeterminada do emprego, caso não tenha sido estipulado um prazo de duração da relação empregatícia, e é favorável ao trabalhador pois estabelece uma constância do emprego deste.

Portanto, ainda segundo o autor (DELGADO, 2018, p. 1318-1327), encontra-se esse princípio esculpido nas restrições à própria extinção do contrato: configura *restrição da extinção por contrato a Termo*- pela natureza do contrato, já está validada a extinção da relação empregatícia, e devido a isso o Direito de Trabalho fixa como modelo principal os contratos de duração indeterminada; deve ocorrer *estabilidade e garantias de emprego*- estabilidade como vantagem jurídica que assegura a manutenção do vínculo de emprego por período indeterminado, e garantia de emprego como vantagem asseguradora da manutenção desse vínculo por tempo definido

Ainda assim, como restrição à extinção de contrato, há a *interrupção e suspensão do contrato*- não pode haver extinção

contratual enquanto o contrato estiver interrompido ou suspenso-, e a *motivação da dispensa pelo Empregador*- configura como restrição a própria motivação da dispensa, já que só é validada a extinção caso a motivação seja justificada.

A extinção do contrato subdivide-se em: *dispensa por ocorrência de ato lícito das partes*- sem justa causa; *dispensa por ocorrência de ato culposo do empregado*- justa causa-; *dispensa por ato culposo do empregador*- rescisão indireta.

Sinteticamente, o *término contratual sem justa causa* é percebido no exercício do direito da respectiva parte de poder dar fim ao vínculo empregatício. Por mais que o ordenamento jurídico diz que deva haver um motivo consistente para a demissão por parte do empregador, prevalece-se no Brasil a possibilidade jurídica de uma simples ruptura do contrato por determinação arbitrária do empregador- uma rescisão contratual com denúncia vazia, o que configura, na maioria das vezes, em demissão injusta. Não só isso, a demissão sem justa causa também é percebida quando há pedido de demissão pelo empregado. Aqueles demitidos sem justa causa gozam de garantias trabalhistas, como os benefícios do FGTS.

A demissão por justa causa é aquele em que o empregado é demitido por ter cometido uma infração que se encaixa nos critérios taxativos- aqueles previstos em lei-, ou em critério genérico- a ordem jurídica não prevê de forma exaustiva e formal os contornos dos ilícitos. Não obstante, “justa causa” seria aquele motivo relevante previsto legalmente e que finda na resolução contratual- tipos jurídicos previstos pelo art. 482, CLT. Além disso, “falta grave”, um termo recorrente ao trabalhar com a justa causa, diferencia-se daquela apenas por um fator de intensidade.

Destaca-se que aquele demitido por justa causa não tem garantido os benefícios que aqueles demitidos sem justa causa gozam.

Por fim, a *rescisão indireta* é aquela demissão em que ocorre falta empresarial, ou seja, o ato culposo parte daquele que contratou a parte obreira. Para esse assunto, trata o art. 483, alíneas *a* à *g* todos os ilícitos que partem do empregador, por exemplo o assédio moral e o assédio sexual.

3.4 Demissão de terceiros

Primeiramente, confirmando-se que a atividade exercida por uma empresa terceirizada se encaixa na situação de terceirização lícita- *situações empresariais que autorizem contratação de trabalho temporário (Súmula n. 331, I, TST), atividades de vigilância (Súmula n. 331, III, ab initio, TST), atividades de conservação e limpeza (Súmula n. 331, III, TST), e serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador-*, pode-se afirmar que o vínculo existente entre os empregados e essa empresa se serviços- não deve existir relação de subordinação direta entre trabalhador terceirizado e empresa que contratou o serviço-, respeitados os requisitos necessários para a constituição contratual entre as partes, também é lícito.

Desse modo, como previsto na Lei n. 6.019/74, reformado pelas Leis ns. 13.429/17 e 13.467/17:

Art. 4º-A, § 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços. (Incluído pela Lei n. 13.429/2017).

§ 2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante. (Incluído pela Lei n. 13.429/2017).

Portanto, como o vínculo contratual existente dentro da empresa prestadora de serviços com os seus funcionários possui a mesma natureza do que qualquer outro contrato empregatício existente, todas as características e requisitos para a demissão propostas pelo Direito do Trabalho- elencados no item 3.3 deste trabalho-, devem ser seguidas e reconhecidas. Contudo, a análise da situação do trabalhador terceirizado, ou seja, o fundamento da motivação da extinção contratual deve partir da Administração da empresa prestador de serviços, a qual o trabalhador está vinculado, e não feita pela empresa que o contratou. De maneira nenhuma a empresa contratante deve demitir o funcionário terceirizado, justamente porque o vínculo empregatício existe apenas entre esse funcionário e a empresa fornecedora de serviços- assim como previsto pela súmula 331, I do TST. Caso a empresa contratante demonstre vontade de demitir esse funcionário, ele deverá contactar a empresa contratada- aquela que possui vínculo com esse funcionário.

E por fim, caso a empresa contratante decida impedir esse funcionário de exercer as suas atividades, considerando que a administração da empresa prestadora de serviços ainda não o demitiu- seja porque estão avaliando a situação geradora dessa vontade de demiti-lo, ou por outro motivo-, o funcionário poderá se sentir ofendido com a situação, tendo em vista que o estão impedindo de trabalhar sem a confirmação de sua demissão pela empresa que realmente o contratou. Não obstante, um terceiro que venha a ser demitido pela empresa contratada pode gerar conflito com a empresa contratada, tendo em vista que haveria nesse caso um desrespeito com a própria natureza do contrato estabelecido entre as empresas.

4 IMPACTO DO COVID-19 NAS SUBCONTRATAÇÕES E DIREITOS TRABALHISTAS DE TERCEIRIZADOS

Há de se entender que a pandemia do Covid-19, ou coronavírus, trouxe enormes consequências para a sociedade. O trabalho, em sua definição mais geral, é o meio de definição do ser humano e, não só isso, fonte principal de garantia de direitos de dignidade e boa vida das pessoas.

A pandemia desdobrou uma crise sem barreiras imagináveis pelo mundo todo e, com isso, o trabalho com certeza é afetado. Os terceirizados se encontram em um sistema que valoriza a rotatividade, ou seja, os funcionários não gozam de tanta seguridade empregatícia justamente pela demanda de novas especializações constantes pelas empresas.

Nesse ínterim há uma realidade imposta pela crise: com empresas declarando falência e não atividade produtiva de setores “não essenciais”, milhares de funcionários sofrem com demissões todos os dias. A onda de demissão atinge de forma súbita a maioria das empresas e pode vir a acarretar danos à sociedade.

Em termos de direitos trabalhistas, como o de férias, apesar da sua manutenção também abriu um leque de razões pelas quais os funcionários seriam dispensados. Ao continuarem com o mínimo de flexibilização, as empresas não estão conseguindo manter esses funcionários, terceirizados ou não. A exemplo disso, encontramos os seguintes impactos:

1 A Fiesp (Federação das Indústrias do Estado de São Paulo) cortou gastos e acabou contratos com empresas terceirizadas no último trimestre de 2020 em resposta à crise imposta pela pandemia. As empresas terceirizadas afetadas ainda reclamam da decisão de redução de contratos de mais de 40 empresas de prestadores de serviços ter sido unilateral e, como efeito disso, 800

trabalhadores perderão o emprego. O valor de pagamento para essas empresas caiu em 60%, segundo dados da associação das prestadoras de serviços e, em ordem de manter salários daqueles terceirizados que a Fiesp dispensou seriam necessários quase três milhões de reais por mês. (UOL, mar. 2020).

2 O aeroporto de Porto Alegre acaba por cortar cerca de 70% dos terceirizados segundo dados da Fraport, responsável pela gestão do terminal, encerrando, assim, 23 contratos com prestadoras de serviços. A razão da medida recai sobre a diminuição de 96% da circulação no aeroporto, sendo inviável a manutenção dos funcionários. (UOL, jun. 2020).

Esses são apenas dois exemplos dos milhares que se desenrolam todos os dias frente à pandemia. Tal crise proporcionou um limbo jurídico para terceirizados, forçando o atual governo a editar uma nova norma em torno da liberação dos contratados. No dia 23 de março de 2020, o Ministério da Economia publica a norma que traz amparo jurídico à liberação dos funcionários, permitindo o trabalho essencial apenas para serviços essenciais. (FOLHA DE SÃO PAULO, Coluna Painel, editado por Camila Mattoso, 22 de mar. de 2020).

O Ministério da Educação/Secretaria Executiva também traz como resposta a Portaria nº 534, de 23 de março de 2020, com o estabelecimento de medidas temporárias de prevenção no que envolve os serviços terceirizados. No seu ínterim, há limitação da atuação dos servidores e afastamento dos prestadores de serviços idosos, imunodeficientes, grávidas ou lactantes e responsáveis pelo cuidado de um ou mais pessoas com suspeita ou confirmação pelo Coronavírus. Estas, entre outras medidas entraram em vigor a partir da data de sua publicação.

A Controladoria Geral da União, por outro lado, também estabeleceu medidas temporárias de prevenção em torno dos

servidores terceirizados em seu âmbito, por meio da Portaria nº 847, de 1º de abril de 2020. A atividade presencial também é limitada a serviços essenciais e também há a dispensa de funcionários em grupo de risco. Estabelece-se, dessa forma, uma abertura de possibilidade de adoção de medidas cabíveis em torno da manutenção da remuneração dos prestadores de serviços e possíveis termos de contratos.

Ainda assim, é drástica a vulnerabilidade daqueles trabalhadores terceirizados que tiveram seus contratos suspensos ou interrompidos. Tendo em vista a grande demanda por empresas de serviços terceirizados por outras empresas consideradas “não essenciais” em um cenário pandêmico, o número de pessoas dispensadas pelo fechamento das tomadoras de serviços há de aumentar com o decorrer dos próximos meses, aumentando, por consequência, o número de trabalhadores terceirizados desempregados no país.

Esses trabalhadores vivem diariamente em uma situação de desvalorização de seus trabalhos e de suas personalidades. Nessa situação de instabilidade, a impossibilidade das empresas em mantê-los ratifica a permanência desses indivíduos nessa situação: se com emprego já passam por cenários probatórios em relação às garantias legais, desempregados correm o risco de sofrerem ainda mais, dependendo do acordo acertado contratualmente.

Na prática, mesmo com a tentativa de solucionar a problemática através de estruturação legal para a proteção dos funcionários e seus direitos trabalhistas, ainda há muito caos em torno do respeito desses direitos em tempos de crise. O coronavírus acabou trazendo novas perspectivas de inovações com o trabalho remoto e com certeza mudou o cenário para todos os trabalhadores. As consequências com os direitos trabalhistas ainda estão se desenrolando com o desenvolvimento da pandemia no país.

CONCLUSÃO

Há poucos estudos teóricos que realmente centralizam o cumprimento de direitos trabalhistas de terceirizados, sendo difícil prever os cenários concretos na economia baseada em sistemas terceirizados. A demanda por funcionários com certo grau de especialização e baixo custo sempre vai existir em um cenário liberal e isso não necessariamente é ruim. A grande questão aqui é realmente se o ser humano vítima desse sistema recebe o mínimo de proteção que lhe é devida constitucionalmente.

A equivalência entre funcionários terceirizados e os demais em um cenário amplo e necessário. Em termos econômicos, os baixos preços da mão de obra propiciados pela empresa prestadora de serviços essenciais para a manutenção da empresa tomadora. A não necessidade de cumprir com todas as burocracias impostas pelo vínculo empregatício pode poupar a empresa tomadora de problemas de forma geral. Dessa forma, a equivalência de direitos entre trabalhadores é fundamental, mas, por outro lado, a sistematização da terceirização no Brasil ainda deixa a desejar. Por um lado, prejudica a empresa tomadora em caso de inadimplência da prestadora de serviços, na medida em que a legislação aplicável repassa a responsabilidade total dos funcionários contratados para a tomadora e a eficiência da terceirização aqui é posta em xeque e as vantagens da escolha desses serviços desaparecem.

Por outro, a não equivalência abre espaço para o descumprimento de direitos básicos e o trabalhador sem amparo se vê desassistido pela máquina estatal. As faces mais problemáticas do capitalismo se tornam reais, nesse caso. Em face do desemprego, tal trabalhador permanece no sistema e empresa, muitas vezes não gozando do mínimo para sua dignidade.

A pandemia do Covid-19 apenas destacou a necessidade de rever os contratos de emprego, de trabalho e a economia brasileira. Em casos caóticos como o vivido em 2020, mais e mais empresas abusam de brechas ou desrespeitam a proteção dos trabalhadores em tentativa de manter suas portas abertas. Não há como mensurar o estrago feito em poucos meses em todos os âmbitos do mercado, mas é possível prever que a economia não voltará a crescer tão cedo. Nessa realidade distópica, o trabalhador sofre com o desemprego e aceita condições que seriam inaceitáveis se não existisse o fator pandemia.

Assim, direitos são minimizados, contratos são desfeitos e não há dados suficientes ainda para trazer uma possibilidade de reparação de danos. A preocupação, no momento, é a proteção do trabalhador, terceirizados ou não, que sofre com a insegurança instalada.

A prevenção, antes de tudo, deveria estar na consciência de todos para evitar maior contágio. Terceirizados que agora têm que sair para trabalhar em serviços essenciais, por exemplo, devem ter seus direitos resguardados assim como os demais. A implementação de sistemas de prevenção que atinjam todos os trabalhadores, como a distribuição de EPI, cuidados médicos e auxílios ao trabalhador deve ter especial atenção pelo legislador e pelas empresas que utilizam seus serviços.

O que parece ser uma falta de atenção e descaso com trabalhadores terceirizados não tem limites antes e durante a pandemia. A preocupação aqui recai justamente sobre o “depois” de todo esse cenário: não há como prever quando as atividades retornarão ao normal, se é que voltarão, e não há como prever a extensão de danos causados. Há de ser observado até que ponto há perspectiva de lucro para a empresa e o funcionário que vende seu trabalho sem ferir aqui a parte mais fraca. Assim, conclui-se que o empregado terceirizado está em uma situação mais fragilizada dentro do mercado de trabalho,

principalmente com o estourar da pandemia do novo coronavírus, e caso ocorra o término do seu contrato, este deve respeitar as garantias constitucionais, assegurando a similitude de direitos entre trabalhadores terceirizados ou não. É dever da Justiça do Trabalho trabalhar em prol da proteção desses trabalhadores e é essencial o reconhecimento de igualdade entre todos para a definir um país plenamente mais justo.

REFERÊNCIAS

BRISOLA, S. E., OLIVEIRA, L. J. de. Trabalho Terceirizado no Direito Brasileiro: Sinônimo de Modernidade? **UNOPAR Cient., Ciênc. Juríd. Empres.** Londrina, v. 9, n. 1, p. 25-32, Mar. 2008.

DRUCK, M. G.; FRANCO, T. A precarização do trabalho no Brasil: um estudo da evolução da terceirização no Brasil e na indústria da Bahia na última década. **Revista Latinoamericana de Estudios del Trabajo**, v. 13, p. 97-120, 2008.

MELHADO, R. Globalização, terceirização e princípio da isonomia salarial. **Gênesis Revista do Direito do Trabalho**, Curitiba, n. 60, out. 1996.

NASCIMENTO, A. M. O direito do trabalho analisado sob a perspectiva do princípio da igualdade. **Revista LTr**, São Paulo, v. 68, n. 7, p. 777-787, jul. 2004

SOUTO MAIOR, J. L. A terceirização sob uma perspectiva humanista. **Revista do TST**, Brasília, v. 70, n. 1, p. 119- 129, jan./jul. 2004.

DELGADO, M. G. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2018.

DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. **Constituição da República e Direitos Fundamentais** — dignidade da pessoa humana, justiça social e Direito do Trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017.

QUEIROZ, C. A. R. S. **Manual de terceirização**: onde podemos errar no desenvolvimento e na implantação de projetos e quais são os caminhos do sucesso. São Paulo: STS. 1998

DRUCK, M. G.; SENA, J; MORENA PINTO, M.; ARAÚJO, S. A terceirização no serviço público: particularidades e implicações. In: CAMPOS, A. Gambier, **Terceirização do Trabalho no Brasil**: novas e distintas perspectivas para o debate. - Brasília: Ipea, 2018.

GIMENEZ, D.; KREIN, J. D. Terceirização e o desorganizado mercado de trabalho brasileiro. In: TEIXEIRA, M.; ANDRADE, H. R.; COELHO, E. (Orgs.) **Precarização e terceirização**: faces da mesma moeda. São Paulo: Sindicato dos Químicos, 2016

JORGE, H. R. **Terceirizar, flexibilizar, precarizar**: um estudo crítico sobre a terceirização do trabalho. 2011. 165f. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Ciências Humanas) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas

SILVA, J. A. G. **Terceirização no Serviço Público**: estudo de caso na fundação universidade estadual do Ceará- FUNECE. 2004. 164f. Dissertação (Mestrado em Planejamento e Políticas Públicas) - Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza..

MATTOSO, Camila. Com limbo jurídico para terceirizados em crise do coronavírus, governo edita nova norma. Folha de São Paulo, Coluna Paineis, São Paulo, 22 de mar. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/painel/2020/03/com-limbo-juridico-para-terceirizados-em-crise-do-coronavirus-governo-edita-nova-norma.shtml?origin=folha> Acesso em 16 de jun. de 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Coronavírus Brasil, 2020. Página inicial. Disponível em: <<https://covid.saude.gov.br/>>. Acesso em: 17 de jun. de 2020.

PEREIRA, Felipe. Fiesp corta gastos com terceirizadas, e empresas ameaçam demitir 800 pessoas. UOL, São Paulo, 30 de mar. de 2020. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/03/30/coronavirus-fiesp-corta-gasto-com-terceirizados-demissoes.htm?cmpid=copiaecola>> Acesso em: 16 de jun. de 2020.

VASCONCELLOS, Hygino. Com pouco movimento, aeroporto de Porto Alegre corta 70% dos terceirizados. UOL, Porto Alegre, 13 de jun. de 2020. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/06/13/aeroporto-de-porto-alegre-demissoes-terceirizados.htm> Acesso em: 16 de jun. de 2020.

TERCEIRIZAÇÃO E QUARTEIRIZAÇÃO: OS ASPECTOS JURÍDICOS E SOCIAIS NO DIREITO DO TRABALHO

OUTSOURCING AND QUARTEIRIZAÇÃO: THE LEGAL AND SOCIAL ASPECTS IN LABOR LAW

*Leonardo Picolo Cauzim*²³⁰

*Danilo Henrique Nunes*²³¹

RESUMO

A presente proposta tem por objetivo a análise do conceito, do surgimento e do desenvolvimento histórico da Terceirização e Quarteirização no Brasil e no mundo, como visa também identificar os aspectos jurídicos e sociais em relação ao Direito do Trabalho Brasileiro e toda a legislação que cerca esses institutos em período anterior e posterior a Reforma Trabalhista. Por conseguinte, o artigo pretende demonstrar os aspectos positivos e negativos decorrentes da liberação irrestrita e a permissão indiscriminada da Terceirização e Quarteirização por parte de grandes e médias empresas, no qual, seguramente haverá um favorecimento no setor econômico, entretanto, como resultado, também haverá um retrocesso em relação aos direitos sociais e condições de trabalho do trabalhador no que diz respeito aos contratos, complementando a avaliação com o

²³⁰ Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos, Unifeb. E-mail:

Leonardocauzim@outlook.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2855498718858789>

²³¹ Doutorando e Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto, Unaerp. Docente, advogado e jornalista. E-mail: dhnunes@hotmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3286458334196996> Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9162-3606>

posicionamento jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho frente a essas questões e como tem provido soluções.

Palavras-chave: Terceirização. Quarteirização. Lei nº 13.429/2017. Reforma Trabalhista.

ABSTRACT

The purpose of this proposal is to analyze the concept, emergence and historical development of Outsourcing and Outsourcing in Brazil and worldwide, as well as to identify the legal and social aspects in relation to Brazilian Labor Law and all the legislation surrounding these institutes in the period before and after the Labor Reform. Therefore, the article intends to demonstrate the positive and negative aspects resulting from the unrestricted release and the indiscriminate permission for Outsourcing and Outsourcing by large and medium-sized companies, in which, surely, there will be a favor in the economic sector, but as a result, there will also be a retrogression in relation to the social rights and conditions of work of the worker with regard to contracts, complementing the assessment with the jurisprudential position of the Superior Labor Court in the face of these issues and how it has provided solutions.

Keywords: Outsourcing. Outsourcing. Law No. 13,429 / 2017. Labor Reform.

INTRODUÇÃO

A pesquisa pretende demonstrar o quanto a liberalização irrestrita da Terceirização e Quarteirização degrada as condições laborais e proporciona o aumento do risco de perda de direitos sociais dos trabalhadores em relação ao Direito do Trabalho, limitando-os por vias alternativas legais. São esses os mesmos direitos trabalhistas que foram muito almejados, muitos conquistados e já sofreram grandes transformações no decorrer da história de característica cíclica, seja

pelo aumento da tutela por condições anteriores malélicas ao trabalhador, como pela diminuição da tutela pelo excesso de direitos em relação ao custo, bem como pelo surgimento de novas tecnologias e sua evolução através de novas formas de produção, revolucionando o universo laboral. Revolução esta que, nos dias atuais, não é mais de infraestruturas, mas sim de sistemas de organização do conhecimento.

É a própria tecnologia que vem sendo revolucionada. O acesso ao conhecimento científico e técnico sempre teve grande importância na luta competitiva. Mudanças, somadas à globalização, tem colocado desafios que testam tanto a capacidade da empresa de se manter no mercado quanto a de profissionais em se manterem em condições aptas para desenvolverem seu trabalho, uma vez que esse novo padrão exige qualidade, flexibilidade e maior produtividade.

Em um cenário de constantes transformações, as empresas precisam ser mais competitivas, ágeis e flexíveis. Quanto mais enxutas e rápidas em acompanhar as mudanças do mercado, mais elas terão perspectivas de sucesso e de crescimento. A valorização e o incremento do capital intelectual vêm desmistificar o peso das grandes corporações, inchadas e lentas, com grandes estruturas, característica fundamental do passado. Hoje, não se mede mais o peso de um grupo empresarial pelo seu número de empregados, as empresas obrigaram-se a criar estruturas internas especialmente dedicadas a gerenciar esse processo, denominadas Quarteirização, uma vez já normatizada e legalizado. Envolvendo a seleção, a contratação e a administração do relacionamento com os parceiros.

Como a terceirização parece possibilitar vantagens e benefícios, na maioria dos casos, e muitas empresas adotam tal instrumento como alternativa de flexibilidade, pode-se dizer que a quarteirização, encarada pelos especialistas como o gerenciamento destes processos de terceirização, também ocupe significativamente o

seu lugar neste cenário, na prestação de serviços na contratação de mão de obra mais barata, mas que, por outro lado, pode significar um retrocesso em relação aos direitos sociais constitucionalmente garantidos e condições ideais de trabalho através de um reviosionismo legislativo e econômico sobre o papel do trabalhador.

1 CONCEITO DA TERCEIRIZAÇÃO E QUARTEIRIZAÇÃO

Etimologicamente, o vocábulo “terceirização” trata-se de um neologismo derivado da palavra terceiro, com fulcro na expressão latina “terciariu”, de alusão ao ordinal três para transmitir a ideia de meio, intermediário. Credita-se a origem também à palavra “tertius”, ou seja, um elemento externo à uma relação dual, mas que se relaciona, se integra, ainda que mantendo-se estranho a isso.

Historicamente, o instituto da terceirização é umas das formas mais comuns e antigas de prestação de serviços mediante contrato. Em meados da Idade Média, o senhor feudal obtinha trabalho em seu feudo por meio de vassalos, “terceirizando-o” um espaço territorial, de forma interposta, para que assim fossem desenvolvidas as atividades campesais. Dessa maneira, o vassalo obteria o "direito" de utilizar-se da terra, desde que respeitadas as limitações territoriais impostas pelo suserano e cumprisse o acordo firmado.

Passados os séculos, a terceirização estrutura-se e concretiza-se de fato na Segunda Guerra Mundial, em que empresas dos Estados Unidos precisavam concentrar-se na produção de armamentos de modo a atender a demanda existente. Com este intuito, passaram a focar na atividade principal e delegaram as atividades secundárias a empresas prestadoras de serviço, como parte de melhoria do processo e técnica de gestão administrativa e operacional das empresas. Neste

sentido, os resultados ficam mais evidentes sendo conhecido como outsourcing, ou terceirização.

O fator essencialmente econômico também é apontado como uma das razões para a origem do modelo. No caso, trata-se do declínio da forma de produção fordista, pois a produção de massa gastava muito em relação à demanda, ocorrendo desvalorizações dos produtos, imergindo na crise total em 1970. Isto posto, para superar tais dificuldades, fora proposto um novo modelo de produção intitulado Toyotismo, tendo como traço a produção vinculada à demanda.

Logo, os trabalhadores passaram a ser avaliados por um novo padrão através do estabelecimento de metas de produção proporcionais à demanda, exigindo-se cada vez mais a especialização de um grupo para avaliar o andamento do conjunto e para que moldassem a fase final do produto, para que assim fosse qualificada e valorizada a produção, evitando quedas. Dessa maneira, certas empresas passaram a contratar trabalhadores com o mínimo de qualificação para a realização de atividades de curto tempo (trabalho temporário) e instrumentais que envolviam a produção massiva e genérica. Consequentemente, outras empresas concentraram seus esforços na contratação de trabalhadores qualificados para a operação e fiscalização do processo produtivo final. O Resultado foi que as empresas de produção genérica passaram a cada vez mais associar-se às empresas específicas, complementando-as e provendo-as em serviços instrumentais.

No Brasil, a terceirização iniciou-se de forma gradativa com a vinda das indústrias automobilísticas multinacionais em meados do século XX. Elas eram conhecidas como montadoras, pois todo material pertinente era importado, e aqui faziam apenas o serviço de montagem. Essas empresas vieram para o Brasil justamente por não

haver uma legislação específica e pouca proteção aos trabalhadores para esse tipo de prática.

No início da década de 1970, o ordenamento jurídico pátrio começou a adequar-se aos impulsos neoliberais que ecoavam pelo mundo através da globalização. A primeira manifestação jurídica veio através da previsão legal da descentralização da administração pública de forma indireta pela União, Estados e Municípios com o Decreto-Lei nº 200/67 e a Lei nº 5.645/70.

Posteriormente, a legislação incorporou institutos que tratavam da tercerização de forma específica, como no caso da aprovação da Lei do Trabalho Temporário (Lei nº 6.019/74) e a aprovação da Lei nº 7.102/83, autorizando expressamente a terceirização de atividade superespecializada em vigilância bancária, podendo ser efetuada de caráter permanente. Hoje, pode-se dizer que este serviço está definitivamente regulamentado por lei. Depois de anos com apenas a orientação legal da Súmula do Superior Tribunal do Trabalho, a Lei 13.429/2017, trouxe alterações significativas que redefiniram as relações de trabalho, transformando a Lei nº 6.019/74, que limitava-se à tutela da terceirização de trabalhadores mediante contrato temporário, e ampliando o instituto, criando um sistema que regimenta de forma conjunta e universaliza a terceirização de serviços através de empresas prestadora de serviços.

Por fim, a Lei 13.467/2017, popularmente conhecida como Reforma Trabalhista, trouxe nova redação ao art. 4º-A da Lei 6.019/74, estabelecendo que considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal (que antes limitava-se somente à atividade-meio) (atividade-fim), à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução, ou seja,

universalizando o instituto e possibilitando a terceirização a qualquer atividade.

Em relação aos demais Estados do globo, pode se dizer que a terceirização da atividade produtiva é um fenômeno mundial. Nesta perspectiva, vale mencionar, a título de comparação, a experiência normativa de outros países. A Espanha atribui responsabilidade solidária a todas as empresas integrantes da cadeia produtiva e estende aos trabalhadores das terceirizadas os mesmos direitos dos trabalhadores inseridos na empresa tomadora (artigo 42 do Estatuto dos Trabalhadores), pelo que, em princípio, torna-se desimportante a distinção entre atividade-meio e atividade-fim. A França proíbe a terceirização, exceto no trabalho temporário (artigo 125-3 do Código do Trabalho francês). A Colômbia permite a terceirização nos mesmos termos da jurisprudência brasileira (artigo 34 do Código do Trabalho).

Antes da reforma fornecida pela Lei 13.429/2017 e 13.467/2017, o entendimento doutrinário era uniforme em relação à conceituação e estabelecimentos de parâmetros para a terceirização, não havendo sequer a ideia de quarteirização. Nesta linha, o terceiro agente de uma relação contratual dual era tido como corpo “estranho”, afastando, assim, a responsabilização do mesmo. Conforme bem sintetizado por Martins (2012, p. 220), o pensamento da época compreendia que “a relação entre duas pessoas poderia ser entendida como a realizada entre o terceirizante e seu cliente, sendo que o terceirizado ficaria fora dessa relação, daí, portanto, ser terceiro”. Logo, a terceirização não se restringia a prestação de serviços, abrangendo também a produção de bens e produtos.

Consiste a terceirização na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação pode compreender tanto a produção de bens, como de serviços, como ocorre na necessidade de

contratação de empresa de limpeza, de vigilância ou até para serviços temporários. (MARTINS, 2012, p. 220)

Por conseguinte, quando vigentes os novos institutos, a doutrina mudou-se, gerando não só uma nova definição para terceirização, como também reentendendo o seu papel sócioeconômico e corroborando para a conceitualização da responsabilidade da empresa. Segundo o conhecimento do nobre ministro do TST, Maurício Godinho Delgado (2019, p. 540), reformula a Terceirização em novo aspecto, tratando-a como “fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente”. Em razão deste fenômeno, “insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços trabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente”.

Da mesma maneira, Romar (2018, p. 169) aborda que “terceirização é a contratação de trabalhadores por interposta pessoa, ou seja, o serviço é prestado por meio de uma relação triangular da qual fazem parte o trabalhador, a empresa terceirizante (prestadora de serviços) e a tomadora dos serviços. O trabalhador presta serviços para a tomadora, mas sempre por intermédio da empresa terceirizante, não havendo contratação direta neste caso”.

Martinez (2019, p. 491), coaduno, aduz que a terceirização refere-se a uma “técnica de organização do processo produtivo por meio da qual uma empresa, entendida como tomadora ou cliente, por conveniência ou oportunidade, contrata outra empresa, compreendida como prestadora, para prestar-lhe qualquer serviço em uma das suas atividades, inclusive no âmbito de sua atividade principal”.

Dentre as características jurídicas do novo ordenamento, tem-se que a empresa terceirizada será sempre a responsável pela

contratação dos seus funcionários. O pagamento de salário ou qualquer outro tipo de problema na relação de emprego, deve o profissional buscar seus direitos junto à prestadora de serviço, se esgotado os meios para a resolução, a empresa tomadora do serviço será responsabilizada. A empresa contratante deve assegurar aos profissionais terceirizados condições de saúde e segurança, dentro ou fora das dependências da empresa, devem atender aos profissionais terceirizados o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição.

Ademais, a Lei trouxe mudanças para o modelo de contratos temporários. Antes o prazo máximo era de 90 dias. Agora, é possível firmar contrato de 180 dias, sendo prorrogáveis por mais 90 dias, mediante justificativa. As empresas podem terceirizar profissionais em qualquer situação, em caso de fatores imprevisíveis ou previsíveis, sejam de natureza intermitente, periódica ou sazonal. Definiu também uma quarentena para trabalhadores que foram demitidos, que só poderão ser contratados novamente como terceirizados após período de 18 meses.

A lei mantém todos os direitos do profissional terceirizado. Ele deve receber 13º salário, férias com adicional de 1/3, pagamento de horas extras, recolhimento de FGTS, adicionais de insalubridade e periculosidade, adicional noturno e demais direitos previstos na CLT. A restrição é somente em relação aos direitos previstos em acordos ou convenções coletivas, que não são aplicáveis aos terceirizados. A decisão de estender esses direitos aos empregados externos cabe à tomadora de serviços. A subordinação é um ponto muito importante que merece ser destacado. Tem que ficar claro que na terceirização o empregado é subordinado da empresa prestadora, somente ela pode fazer exigências, e não a contratante.

Em relação a Reforma Trabalhista, aprovada pela lei 13.467/17, foi estabelecido um conceito muito mais abrangente sobre a terceirização, ao assim conceituá-la em seu artigo 4º-A: o qual conceitua a prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer atividades, inclusive da atividade principal. Assim sendo, sem adentrar na polêmica a respeito da permissibilidade da terceirização na atividade-fim ou atividade-meio da tomadora, fato é que as citadas legislações aprovadas não autorizaram, em nenhum momento, que se faça uso da terceirização como instrumento de intermediação de mão de obra, até porque essa pactuação é excepcionalmente admitida apenas nas relações de trabalho temporário.

Com o surgimento do Decreto 10.060/2019, o contrato de trabalho temporário é especialmente firmado para atender casos de demanda complementar de serviços da empresa contratante, casos de substituição transitória de funcionário permanente, essas alterações chamam a atenção especialmente no que diz respeito aos prazos do contrato, pagamento de horas extras e garantias. Este contrato não possui também a obrigatoriedade de cumprimento de prazos, pois não é um contrato por prazo determinado – conforme aquele previsto no artigo 443 da CLT. Conforme o artigo 31 do Decreto 10.060/2019, esclarece que o contrato individual de trabalho temporário não se confunde com o contrato de trabalho por prazo determinado previsto no art. 443 do decreto-lei 5.452, de 1943 – Consolidação das Leis do Trabalho e a Lei 9.601, de 21 de Janeiro de 1998.

Há ainda muita confusão na Justiça do Trabalho sobre estes tipos de contrato, havendo discussão em inúmeras ações trabalhistas sobre qual o contrato a ser aplicado em determinado caso. Contudo a modalidade temporária está vinculada diretamente à duração da necessidade da empresa contratante, sendo que, ao fim da demanda

complementar, o contrato será encerrado sem penalidades para as partes. O que deverá ser respeitado é o prazo máximo de 180 dias de duração, prorrogáveis para até 270 dias. Caso este prazo seja ultrapassado, poderá haver a discussão sobre a modalidade da contratação.

Outro ponto de muita discussão em ações trabalhistas é a questão do vínculo empregatício com a empresa cliente. Segundo o artigo 19, ao contrário do que é vedado pela terceirização, a empresa tomadora poderá exercer o poder técnico, disciplinar e diretivo sobre os trabalhadores temporários colocados à sua disposição, independente desta atividade ser fim ou meio da empresa. Previamente, no próprio artigo 17, é destacado que não importa o ramo da empresa ou a atividade prestada: não há vínculo de emprego entre os envolvidos, entre esta e os trabalhadores contratados pelas empresas de trabalho temporário. O decreto também especificou que a jornada de trabalho de 8 horas diárias, prevista pela CLT, poderá ter uma duração superior caso a empresa tomadora de serviços utilize jornadas de trabalho específicas. As horas extraordinárias serão remuneradas com acréscimo de no mínimo 50%, quando normais, e de no mínimo 20%, quando o trabalho for noturno.

Além da jornada, outros direitos trabalhistas do trabalhador temporário foram esclarecidos, sendo certo que a remuneração deverá ser equivalente à dos empregados da mesma categoria da empresa tomadora (calculada à base horária), e, em qualquer hipótese, estará garantido o salário-mínimo regional. Há também a garantia do recebimento de FGTS, benefícios previdenciários, anotação em CTPS da condição de temporário, seguro de acidente de trabalho, e indenização correspondente às férias proporcionais – lembrando que o marco para ter direito ao benefício será a partir do 15º dia útil de trabalho.

O decreto trouxe clareza para aqueles pontos ainda considerados dúbios sobre a lei específica no 6.019/74, colocando um ponto final na confusão entre contrato de trabalho temporário e por prazo determinado. Dessa forma, as empresas ficarão livres para utilizar esta modalidade específica - e por muitos até desconhecida - sem temor, contribuindo para a existência de mais trabalhos formais com renda fixa. Bem por isso, não há que se confundir a intermediação de mão de obra - que, por ser uma exceção, é aceita somente nas relações do trabalho temporário, em que nem sequer há vínculo de emprego do trabalhador com a tomadora (item I da Súmula 331 do C. TST) - com a legítima e efetiva terceirização de serviços, viabilizada por uma pessoa jurídica de direito privado a terceiros. Neste atual cenário, a empresa terceirizada, responsável pela prestação de serviços a terceiros, passou a se dedicar, por força da lei 13.429/17, à execução de serviços determinados e específicos, os quais, a partir da reforma trabalhista, doravante são direcionados às atividades principais da contratante dentro de uma terceirização reputada como lícita. A jurisprudência foi a responsável em conceituar e normalizar o termo de terceirização. Com a evolução das necessidades de uma legislação que definissem os critérios para a Terceirização, o Tribunal Superior do Trabalho se pronunciou e aprovou o enunciado 331 em 2011, que se tornou uma jurisprudência predominante.

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.
LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com

os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais danprestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. (BRASIL, 2020).

No item I, já observando que existe uma exceção quando se trata de contratação de outra empresa para mão de obra. Ou seja, caso seja um trabalho temporário, poderá haver a terceirização desse tipo de serviço.

No item II, nos deixa claro que o legislador tomou cuidado em discorrer sobre a não responsabilidade da Administração Pública direta, indireta ou fundacional nos casos de contratação irregular do trabalhador ao ingressar em cargos públicos. Contudo, tal norma não é taxativa, no sentido em que, caso houver desvios, a administração

pública será sim responsável. Conforme preceitua Alice Monteiro de Barros:

A corrente que prevalece sobre essa temática defere ao trabalhador contratado irregularmente apenas o pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS. (BARROS, 2005, p.426)

No item III, temos uma possibilidade em que não haverá vínculo de emprego tomador do serviço nos casos de vigilantes ou serviços de limpeza, desde que não esteja presente a subordinação e pessoalidade. Assim, podemos verificar um problema no que tange a diferenciação entre atividade meio e atividade fim. Na legislação da época, não existia a distinção de forma clara, contudo, em julho de 2017, com a nova Lei 13.467, passou a ser admitida que toda e qualquer atividade da tomadora de serviços poderia ser terceirizada, inclusive, sua atividade fim. Desta forma, podemos observar a existência de três sujeitos para que seja definida a terceirização. (I) A empresa tomadora do serviço; (II) a empresa prestadora de serviço e (III) a pessoa física que presta o serviço. Além do que, o item III deixa bem claro a necessidade da não existência da subordinação e pessoalidade direta.

Ainda em análise do enunciado do item III, podemos concluir que para ser configurado uma terceirização lícita, bastaria a inexistência de apenas um dos requisitos da relação de emprego. E se comprovado a inexistência de subordinação ou pessoalidade, não há o que se falar em vínculo empregatício entre o trabalhador e a empresa tomadora. Já o item IV, versa sobre a responsabilização das empresas tomadoras de serviço frente as obrigações trabalhistas da empresa prestadora de serviços. Segundo o jurista Delgado, informa que esse item traz um caráter de subsidiariedade entre as empresas - prestadoras

e as tomadoras – visando a proteção do empregador. Os itens V e VI, diz respeito aos serviços terceirizados no âmbito público, da Administração Pública direta e indireta, respondem também subsidiariamente, mas não é objeto de discussão nesse trabalho.

Com o avanço das empresas e grupos de atividades terceirizadas, houve a criação de uma nova espécie, a quarteirização. Esta nova modalidade foi criada a fim de que seja um facilitador para as empresas tomadoras de serviços, pelo qual, possuem um papel de gestão/administração dos contratos terceirizados. Portanto, as empresas terceirizadas, nasceram através da necessidade de delegação de serviços, que não são de aptidão da empresa tomadora de serviço. Essa é a principal característica da empresa terceirizada.

Já a quarteirização tem como escopo a administração de contratos terceirizados, também realizados através de uma subcontratação da empresa tomadora de serviços. Em nosso ordenamento jurídico está autorizando a criação deste novo sistema através do artigo 4º - A § 1º, acrescido pela Lei 13.429, de 2017, considerando-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017), § 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017).

Quarteirização, portanto, não deve ser vista como uma evolução da terceirização, mas sim, como uma ferramenta de administração de serviços especializados. Hoje, com a necessidade de gestão e administração das empresas terceirizadas, surge a

quarteirização. Tendo em vista a necessidade de haver um maior controle de contrato para com os fornecedores, houve o surgimento da quarteirização. Nesse desenvolvimento do mercado, os contratantes exigem cada vez mais um serviço de excelência, e por ser um instituto criado recentemente, ainda não é totalmente reconhecida e compreendida no meio empresarial. Contudo, várias empresas grandes já aderiram esse tipo de serviço e estão tendo um resultado positivo.

2 PRINCIPAIS PAPEIS DA TERCEIRIZAÇÃO E QUARTEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA CLT

As empresas tomadoras de serviços não podem, em hipótese alguma, alegar desconhecimento sobre suas responsabilidades sociais, não fiscalizando as empresas tomadoras de serviços e deixando que elas atuem de forma ilícita. Elas têm o dever de exigir as garantias contratuais e possuir controle total sobre o pagamento das obrigações trabalhistas, conforme preceitua a Súmula 331 do TST, já analisado anteriormente. Com o advento da Lei 13.429/2017, houve uma alteração significativa quanto ao tipo de responsabilidade que a empresa tomadora de serviço possui para com o empregado. Antes da aludida lei, a responsabilidade era solidária, agora, passou a ser subsidiária.

Em outras palavras, na responsabilidade subsidiária, só haverá prejuízo para a empresa tomadora de serviços, quando a empresa prestadora não cumprir com a obrigação imposta pela lei/contrato. Diante do contexto ora apresentado, o papel primordial da terceirização é o de prestar serviços para outra empresa que não possui condão da atividade solicitada. Ou seja, muitas vezes a empresa tem a necessidade de algum tipo de serviço, contudo, por não haver

investimento para que seja feito tal serviço, preferem contratar outra empresa – prestadora – para que o seja feito, já que possuem mais investimentos na área e pessoas capacitadas para tal. Já o papel da quarteirização é o de administrar os aspectos legais, bem como, preservar toda relação econômica com terceiros, virando a garantia de direitos e deveres estabelecidos pela lei.

3 AS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 13.249/2017

A Reforma Trabalhista, Lei 13.467 de 13 de julho de 2017, passou a vigorar em 14 de julho de 2017, depois de 120 dias de sua publicação conforme artigo 6º, alterou a CLT – Consolidação das Leis do Trabalho e as Leis 6.019/1974 e 8.212/1991. Conforme a Lei 13.249/2017, a empresa terceirizada será sempre a responsável pela contratação dos seus funcionários. O pagamento de salário ou qualquer outro tipo de problema na relação de emprego, deve o profissional buscar seus direitos junto à prestadora de serviço, se esgotado os meios para a resolução, a empresa tomadora do serviço será responsabilizada. A empresa contratante deve assegurar aos profissionais terceirizados condições de saúde e segurança, dentro ou fora das dependências da empresa, devem atender aos profissionais terceirizados o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição.

As empresas podem terceirizar profissionais em qualquer situação, em caso de fatores imprevisíveis ou previsíveis, sejam de natureza intermitente, periódica ou sazonal. Definiu também uma quarentena para trabalhadores que foram demitidos, que só poderão ser contratados novamente como terceirizados após período de 18 meses. A nova lei mantém todos os direitos do profissional

terceirizado. Ele deve receber 13º salário, férias com adicional de 1/3, pagamento de horas extras, recolhimento de FGTS, adicionais de insalubridade e periculosidade, adicional noturno e demais direitos previstos na CLT.

A restrição é somente em relação aos direitos previstos em acordos ou convenções coletivas, que não são aplicáveis aos terceirizados. A decisão de estender esses direitos aos empregados externos cabe à tomadora de serviços. A subordinação é um ponto muito importante que merece ser destacado. Tem que ficar claro que na terceirização o empregado é subordinado da empresa prestadora, somente ela pode fazer exigências, e não a contratante.

As principais leis que regulamentam a terceirização nos setores privados, é a Lei nº 6.019/74 (trabalho temporário) e a Lei 7.102/83 (trabalho de vigilância bancária). A lei do trabalho temporário regula uma forma de terceirização, em que o empregado, pessoa física, presta serviço para a empresa tomadora de serviço, através da empresa prestadora de serviço. Tal contrato, deverá seguir alguns requisitos essenciais, quais sejam: qualificação das partes, prazo da prestação de serviço, valor e especificação do serviço a ser prestado, conforme preceitua o artigo 5º- B da e seus incisos da referida lei. Embora não exista, a primeiro momento, um vínculo entre o empregado e a empresa tomadora de serviço, se faz necessário a garantia das condições de higiene, segurança e salubridade. Também, vale ressaltar que o trabalho temporário, poderá ser tanto para a atividade fim como atividade meio da empresa, desde que respeitados os limites legais, assim não será configurado o vínculo empregatício.

Vale ressaltar que o trabalho temporário tem um prazo determinado pela lei de 180 dias, podendo ser prorrogado por mais 90 dias, consecutivos ou não, além do prazo supracitado, quando comprovada a manutenção das condições que o ensejaram. Em que

pese, ainda que o trabalhador temporário que cumprir o período supramencionado, somente poderá ser colocado à disposição da mesma tomadora de serviço em novo contrato temporário, após 90 dias do término do contato anterior.

Conforme a jurista Vólia Bonfim tece um comentário essencial sobre aplicação das alterações trazidas pela Lei 13.429/2017, nos seguintes termos:

Após a lei nº 13.429/17, a Lei nº 6.019/74 passou a regular tanto o trabalho temporário, como a terceirização de serviço em geral. Logo, autoriza dois tipos de terceirização de serviços: terceirização do trabalho temporário e terceirização em geral.

Outro ponto importante para ser apresentado, é a nova redação que a lei trouxe, que versa sobre a impossibilidade de o empregado demitido não poder prestar serviços para a mesma empresa, no prazo de no mínimo 18 meses.

São requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros: prova de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ); registro na Junta Comercial; Capital social compatível com o número de empregados, as empresas devem ter capital social compatível com o número de empregados, observando-se os seguintes parâmetros: a) empresas com até dez empregados – capital mínimo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais); b) empresas com mais de dez e até vinte empregados – capital mínimo de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais); empresas com mais de vinte e até cinquenta empregados – capital mínimo de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais); d) empresas com mais de cinquenta e até cem empregados – capital mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais); e e) empresas com mais de cem empregados – capital mínimo de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais). Como podemos demonstrar, em 2017

houve grandes alterações na legislação trabalhista sobre os tópicos de terceirização, e trouxe também com ela um novo conceito: a quarteirização.

4 PONTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA TERCEIRIZAÇÃO E QUARTEIRIZAÇÃO

A Terceirização é uma forma de organização e estratégica das empresas que podem aumentar a sua capacidade produtiva e competitiva. No mundo globalizado, as empresas se organizam em redes, cada uma executando uma parte da produção até chegar ao produto final. Com a Terceirização, as organizações buscam contratar atividades que são mais executadas de determinados produtos ou serviços, entre outras razões, com o uso dessa ferramenta, transfere-se, ou contrata-se com terceiros, atividades que com competência, habilidade e qualidade técnica serão melhor executadas por outras empresas que não ela própria.

Com o crescimento e modernização das empresas e de suas demandas, as aquisições de serviços especializados são indispensáveis para que se entregue um resultado surpreendente ao seu consumidor. Tendo em vista as novas necessidades que o mercado procura, se faz necessário uma gestão e administração de todos os aspectos legais bem como sua preservação para com os terceiros, aqui englobando empregados e empregadores.

Para Carina Couto Machado, em seu livro “Quarteirização versus Terceirização: uma vantagem competitiva na gestão de contratos”, menciona que se faz necessário um controle profissional e especializado dos contratos deixando-os mais necessários para a terceirização, não tendo apenas um caráter de modismo. As vantagens da quarteirização é uma redução significativa do quadro de

funcionários, redução da administração de contratos bem como, uma melhora na qualidade e produtividade do serviço.

A quarteirização, por fim, é um novo instrumento trazido recentemente pelo nosso ordenamento jurídico, para que seja garantido que o trabalho contratado entre a tomadora de serviço e a prestadora sejam feitos conforme o acordado. Quem auxilia nessa gestão é a empresa quarteirizada, que verificará, inclusive, se possui algum risco no âmbito judicial, sendo uma vantagem para a empresa tomadora de serviços, pois não precisa se preocupar com o pagamento de salários, FGTS, férias, diminuindo os gastos e despesas pessoais.

Já se tratando dos pontos negativos da quarteirização, o Departamento Intersindical de estatística e estudo socioeconômicos – DIEESE, se posiciona nos seguintes termos:

bPor outro lado, a permissão da quarteirização e da subcontratação, inclusive por PJs, pode levar à fragmentação excessiva dos processos produtivos, dificultando a fiscalização, pelos órgãos governamentais, do cumprimento de obrigações fiscais e previdenciárias pelas diversas prestadoras de serviços. Caso isso ocorra, ficará comprometido o almejado equilíbrio financeiro das contas públicas e da previdência, já seriamente prejudicado pela queda drástica da arrecadação causada pela grave recessão que o país atravessa.

Por conseguinte, teme-se a ocorrência da “terceirização em cadeia”. A redação dada pela Lei 13.429/2017 ao art 4-A, §1º, da Lei 6.019/74 possibilita não só o fenômeno da quarteirização, como também o da “quinteirização”, “sexteirização” e outros, não limitando a originária empresa prestadora de serviços de subcontratar outras empresas para a prestação de serviços a ela confiados. Nessas situações caberá à empresa cliente (caso haja interesse) vedar contratualmente a subcontratação, lembrando que a empresa cliente

deve ter essa atenção, porque eventual caracterização de ilícito trabalhista implicará a formação de vínculo diretamente com ela e com as demais empresas relacionadas. Uma vez que assim prosseguisse, haveria uma grande perda para o trabalhador, já que ficaria mais difícil a fiscalização pelos órgãos governamentais, estando o laborista distante de um contrato de trabalho direto, podendo chegar na situação de não saber a quem mais responder.

Por todos os ângulos que se observe, entende-se que a terceirização é mais prejudicial do que benéfica ao trabalhador, não só restringindo direitos, como rebaixa-o frente aos demais empregados, sob a perspectiva axiológica. Nas palavras de Delgado:

A terceirização rebaixa o patamar de retribuição material do trabalhador em comparação com o colega contratado diretamente pelo tomador de serviços. Esse rebaixamento envolve não somente o montante remuneratório como também o conjunto de vantagens e proteções tradicionais conferidas pelo tomador de serviços aos seus empregados diretos, quer originadas de seu regulamento interno, quer originadas simplesmente da prática cotidiana empresarial, dos instrumentos negociais coletivos inerentes às categorias envolvidas. Além de esvaziar o conceito de categoria profissional, rompendo a linha das conquistas históricas, a terceirização enfraquece, sobremaneira, o sindicalismo, pois pulveriza os interesses comuns dos trabalhadores, gerando uma dificuldade de identificação e de fortalecimento sindical em torno dos seus interesses. (DELGADO, 2019, p. 541)

Do valor axiológico do trabalho, a Escola Idealista Alemã muito produziu a respeito, influenciando na construção dos direitos sociais ao redor do mundo, como também na fundamentação das Constituições de Estados de Bem Estar Social, como no caso do Brasil.

Dessa forma, quando acarretadas ondas revisionistas laborais norteadas pela “flexibilização” das conquistas históricas dos trabalhadores, faz-se necessária a memória dos clássicos para nos balizarmos novamente.

O labor em Hegel é tratado como uma essencial e indissolúvel atividade física, criadora e social. Pelo trabalho, observa Hegel, ao transformar a natureza, o homem transforma a si mesmo. Nesse processo, o “eu”, embrião elementar e mais pobre do nosso ser, é desenvolvido e cultivado, é significado e construído na materialização das diversas formas que assume o trabalho até se tornar consciência e expressão ético-política de abrangência universal. Ou seja, para Hegel (1971, p.90), “o trabalho é o concreto fazer-se coisa do eu”.

Na medida em que lida com a natureza, com os objetos e os processos laborais, o homem desenvolve não apenas instrumentos e habilidades, mas também a sua consciência, a cultura, o encontro e o reconhecimento dos outros, a construção da inter-subjetividade, da linguagem e de um mundo de valores sociais. Portanto, se o ser humano se constrói individual e socialmente como resultado do seu próprio trabalho, significa que o labor, além de produtivo, tem um caráter cognitivo, cultural e social, tamanha a sua relevância, não podendo, de forma alguma, ser reduzido e degradado pelo mercado.

Da mesma maneira, deve memorar-se dos ensinamentos de Kant (2007, p. 67- 68), quando abordou exímamente que “o homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”, sendo inaceitável qualquer reintendimento dos valores historicamente construídos e direitos conquistados em razão das necessidades do mercado, subjulgando o homem a condição inferior, objetificando-o, sendo correto, na verdade, a adequação do setor econômico em face do homem, e não ao contrário.

5 ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS QUANTO A QUARTEIRIZAÇÃO

Em análises de jurisprudências dos Tribunais Regionais do Trabalho em suas diversas regiões, podemos observar uma mesma linha que está sendo seguida, qual seja, a adoção da responsabilidade subsidiária da empresa tomadora de serviços, para com o empregado lesado, havendo a aplicação do inciso IV da sumula 331 do TST.

Nesta linha de raciocínio, entente:

BRASIL. Tribunal Regional Federaldo (15ª região).RECURSO ORDINÁRIO. TERCEIRIZAÇÃO / QUARTEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. PROCESSO: nº 0010795- 09.2018.5.15.0029 (ROT) RECORRENTE: FATIMA APARECIDA DE ALBUQUERQUE FERREIRA , ALINE ALBUQUERQUE DOS SANTOS RECORRIDO: AF MENDES TRANSPORTES LTDA , ECO FOREST TRANSPORTE E LOGISTICA LTDA, INTERNATIONAL PAPER DO BRASIL LTDA. RELATOR: GERSON LACERDA PISTORI

I -Tratando-se de terceirização/quarteirização lícita, caso as empresas prestadoras de serviços não arquem com os ônus legais derivados do pacto laboral, a tomadora responde subsidiariamente pelos direitos inadimplidos, desde que tenha participado da relação processual e conste no título executivo judicial, conforme disposição da Súmula 331, IV, do C. TST. II -Nos termos do item VI, da Súmula 331, do C. TST, "a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral", objetivando a proteção do trabalhador hipossuficiente. Recurso ordinário a que se nega provimento.

Já no entendimento do TST:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA - DESCABIMENTO. QUARTEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. OCORRÊNCIA. O Regional, ao condenar subsidiariamente o segundo réu, decidiu conforme entendimento consagrado no item IV da Súmula 331 desta Corte. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.

Como podemos observar nesse estudo e nas análises jurisprudenciais, existe uma linha de raciocínio que é seguida pelos tribunais, em quem, existe sim a responsabilidade subsidiária, nos casos de quarteirização, conforme preceitua a Súmula 331, inciso IV do TST., essa responsabilidade é do tomador de serviços onde abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação de serviço.

CONCLUSÃO

Portanto, podemos concluir que em meados do Século XIV, foram criados os direitos trabalhistas, visando a proteção dos trabalhadores. Com o passar do tempo, houve a criação da chamada terceirização, uma vez que as empresas estavam sofrendo por transformações tecnológicas e se utilizaram de outras formas de contratação, em que uma empresa – tomadora de serviço – poderia contratar outra empresa – prestadora de serviço - para que prestasse determinado serviço, desde que não seja sua atividade fim.

Em 2017, no Brasil, com o advento das alterações da Lei Trabalhista, foi liberada a Terceirização da atividade fim de uma empresa, com a Lei 13.467 que trouxe algumas outras alterações importantes, no tocante na terceirização, e deixou em aberto a possibilidade de uma nova modalidade, a quarteirização. Esta, por sua vez, se define como uma facilitadora e gestora de contratos

terceirizados, que surgiu mediante a necessidade das empresas terem um maior controle da relação com os fornecedores dessa mão de obra.

A quarteirização não é uma evolução da terceirização, mas sem o incremento da terceirização a quarteirização não existiria, ela é uma ferramenta de administração, permitindo à empresa tomadora, concentrar sua energia em sua atividade principal, onde se delega a um funcionário da própria empresa, um profissional autônomo ou ainda a uma terceira empresa especializada. Ainda não é suficientemente compreendida no meio empresarial, a princípio, está sendo adotada por grandes corporações, entretanto, sinaliza seu grande potencial.

Terceirizar parte do processo produtivo é uma alternativa eficiente no desmonte das estruturas verticalizadas, com vantagens em termos de flexibilização e melhoria da qualidade. No entanto, para que os ganhos com a terceirização sejam de fato alcançados, a gestão eficaz desses contratos será a garantia do sucesso.

Assim, a quarteirização surge como uma ferramenta capaz de proporcionar essa gestão eficaz e se pode concluir que: a Quarteirização não é uma evolução da terceirização, como se costumava interpretar quando do seu surgimento; pode ser entendida como uma técnica de gestão dos contratos terceirizados; a relação entre quarteirizadora, fornecedores e clientes tem por objetivo alavancar a competitividade, através de redes dinâmicas de cooperação; a quarteirização surgiu mediante a necessidade de as empresas terem um maior controle da relação com os fornecedores.

Por tudo isso, vê-se a importância desses institutos, tendo em vista um país com tantos problemas sociais e econômicos, esses institutos vieram para ficar, e fazer com que a grande parte dos trabalhadores consigam um emprego digno, mesmo sabendo que seus

salários podem ser achatados, mas terão todos seus direitos garantidos por Lei e estarão protegidos.

Percebe-se ainda que houve avanços importantes com a Reforma Trabalhista de 2017, trazendo importantes alterações para alinhar diferenças entre o trabalhador efetivo dos trabalhadores terceirizados. Com certeza, essas questões voltarão a pauta, o mercado esta sempre evoluindo e se reciclando conforme suas necessidades.

Vale salientar a importância da fiscalização das empresas frente a essas novas relações de trabalho, mesmo com a extinção do Ministério do trabalho. Suas funções estão sendo preservadas, principalmente no que diz respeito a essa fiscalização, que antes eram exercidas pelo Ministério, hoje são pela Secretaria do Trabalho, acredito na importância dessa fiscalização e sua função social junto aos trabalhadores.

A preocupação seria muito maior com a ideia da extinção da Justiça do Trabalho, que trata com Direitos Sociais, garantias específicas que são impostas pelo Tribunal do Trabalho, ela é indispensável para a garantia dos direitos sociais, frente a estas novas relações de trabalho que surgem e surgirão a todo o momento. Principalmente no que esta por vir nesse país.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2005.

BRASIL. Lei 13.467, 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), e as Leis n. 6.019/74, n. 8.036/90, e n. 8.212/91, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13429.htm>. Acesso em: 29 de março de 2020.

CASSAR, Volia Bonfim. Direito do Trabalho, 16º Edição, Editora Método, 2018 **DELGADO**, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019.

DIEESE - Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Sócio econômicos– disponível em:

<https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec175TerceirizacaoTrabalhoTemporario.pdf>>. Acesso em 29/03/2020

KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70, 2007.

MACHADO, Carina Couto; **CALVOSA**, Marcello Vinicius; **OLIVARES**, Gustavo Lopes. Quarteirização versus Terceirização: Uma vantagem competitiva na gestão de contratos. III Simpósio da Excelência em Gestão e Tecnologia. Rio de Janeiro; UFRJ, 2006.

MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. – 10. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. – 28. Ed. – São Paulo: Atlas, 2012. **SARRATT**, Newton. Quarteirização: Redefinindo a Terceirização. Porto Alegre: Bandejo Editorial, 2000.

ROMAR, Carla Teresa Martins. Direito do trabalho; coordenador Pedro Lenza. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA, Rafael. Reportagem Especial: Responsabilidade solidária e subsidiária com Eduardo Frade. TST. Publicado em 20/02/2018. Disponível em:<http://www.tst.jus.br/radio-destaques/-/asset_publisher/2bsB/content/reportagem-especial-responsabilidade-solidaria-e-subsidiaria?inheritRedirect=false>. Acesso em 25 de março de 2020.

TRT-15 - RO: nº 0010795-09.2018.5.15.0029, Data de Julgamento: 26/09/2019, Segunda Turma disponível em <<https://trt15.jus.br/jurisprudencia/consultadejurisprudencia>> Acesso em 09/05/2020

TST. Súmula 331. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html>. Acesso em 25 de março de 2020

TST - AIRR: 3546820115010072, Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 18/12/2019, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/01/2020 – disponível em : <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/796107231/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-3546820115010072/inteiro-teor-796107251?ref=juris-tabs>> - acesso em 25/03/2020

TV Justiça. “Qual o papel da justiça do trabalho?”. Disponível em <http://www.tst.jus.br/noticia-destaque/-/asset_publisher/NGo1/content/id/24939614>. Acesso em 10/05/2020.

A TERCEIRIZAÇÃO NO SETOR PRIVADO BRASILEIRO E A PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

OUTSOURCING IN THE BRAZILIAN PRIVATE SECTOR AND THE PRECARIOUS NATURE OF LABOUR RELATIONS

*Daniela Helena Suncini Petroni*²³²

*Jair Aparecido Cardoso*²³³

RESUMO

A terceirização de mão de obra surgiu no Brasil em meados de 1960 e vem se ampliando ao longo da história, sendo então promulgadas as Leis 13.429/2017 e 13.467/2017 que trouxeram significativas mudanças para o instituto. Através da metodologia técnica bibliográfica e com método de abordagem hipotético-dedutivo, o objetivo central deste estudo é analisar a trajetória da terceirização no setor privado brasileiro, com enfoque na precarização das relações de trabalho decorrentes das inovações trazidas pelas leis 13.429/2017 e 13.467/2017, destacando-se, ainda, os pontos que conflitam com as garantias constitucionais dos trabalhadores, os quais culminaram na

²³² Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP. E-mail: danielasuncini@gmail.com.

²³³ Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP (FDRP/USP); líder do grupo de pesquisa (CNPQ) —A transformação do direito do trabalho na sociedade pós-moderna e seus reflexos no mundo do trabalho da FDRP/USP. Doutor em Direito pela Universidade Católica de São Paulo, PUC – SP; graduado e mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba, UNIMEP. Autor de livros e artigos da área. E-mail: jaircardoso@usp.br.

mercancia da mão de obra e violaram o respeito integral da pessoa humana.

Palavras-chave: Terceirização. Precarização. Relações de Trabalho.

ABSTRACT

The outsourcing of labor arose in Brazil in the middle of 1960 and has been expanding throughout history, being then promulgated Laws 13.429/2017 and 13.467/2017 that brought significant changes to the institute. Through the bibliographical technical methodology and with hypothetical-deductive approach method, the central objective of this study is to analyze the outsourcing trajectory in the Brazilian private sector, with focus on the precarization of the work relations resulting from the innovations brought by laws 13.429/2017 and 13.467/2017, detaching, still, the points that conflict with the constitutional guarantees of the workers, which culminated in the manpower mercantile and violated the integral respect of the human person.

Keywords: Outsourcing. Precarization. Work relations.

INTRODUÇÃO

A terceirização de mão de obra é velha conhecida no Brasil, iniciando-se em meados de 1960 e ampliando-se ao longo da história. Entretanto, não havia uma norma específica que regulasse a terceirização no país, sendo, então, promulgadas as Leis da Reforma Trabalhista (13.467/2017) e da terceirização (13.429/2017), as quais trouxeram significativas mudanças para o instituto.

Porém, a nova regulamentação trouxe vários pontos precarizantes nas relações de trabalho, destacando-se como uma das principais mudanças a terceirização da atividade-fim da tomadora de serviços, que diz respeito a qualquer tipo de atividade, até mesmo a principal e preponderante, ligada ao objeto final da empresa, o que até

então não era permitido, já que apenas se terceirizava as atividades que não constituíssem o objeto principal da tomadora (atividade-meio).

Nesse sentido, através da metodologia técnica bibliográfica e com método de abordagem hipotético-dedutivo, o objetivo central deste estudo é analisar a trajetória da terceirização no setor privado brasileiro, com enfoque na precarização das relações de trabalho decorrentes das alterações legislativas.

Assim, este trabalho compreenderá dois momentos distintos. No primeiro, faz-se uma análise da terceirização com destaque para as alterações mais significativas trazidas pelas Leis 13.429/2017 e 13.467/2017, citando-se as garantias constitucionais dos trabalhadores e ressaltando os princípios norteadores da relação de emprego.

No segundo momento, se reflete sobre a precarização das relações de trabalho decorrentes da nova temática, resultando, infelizmente, na mercancia da mão de obra trabalhadora e violação do respeito integral da pessoa humana.

1 BREVE RELATO SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

Castro (2000) esclarece que a Terceirização no Brasil surgiu com os Decretos-leis nº 1.212 e 1216 de 1966, com a prestação de serviços de segurança bancária por empresas interpostas; Decreto 62.756/1968 regulamentando o funcionamento das agências de intermediação de mão de obra e, ainda, Decreto-lei 1.034/1969 na contratação de mão de obra para o funcionamento de empresa de segurança bancária.

Posteriormente, a Lei 6.019/1974 criou o contrato temporário de trabalho com possibilidades mais amplas de permissão de terceirização, já que a contratação se dá com a finalidade de

disponibilizar mão de obra temporária, regulamentando, assim, o trabalho temporário ou ainda chamado como regulamentação da terceirização de mão de obra.

Ato contínuo, foi promulgada a Lei 7.102 de 1983 autorizando a terceirização da atividade superespecializada de vigilância bancária, a ser efetuada em caráter permanente (ao contrário da terceirização descrita na Lei 6.074/74 que permitia apenas em caráter provisório).

Além disso, houve a edição da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que ampliou a terceirização para os serviços de conservação e limpeza e serviços ligados à atividade-meio do tomador, sendo mais adiante promulgadas as Leis 13.429/2017 e 13.467/2017 que trouxeram ainda mais amplitude à terceirização de mão de obra, com várias alterações ao instituto, destacando-se a possibilidade de terceirizar atividade-fim da empresa tomadora de serviços, se tornando para muitos uma terceirização irrestrita.

Destaca-se que, tão importante quanto à evolução legislativa para o estudo e compreensão do fenômeno é o fato de que o segmento privado da economia, ao longo dos últimos 30 anos do século XX, passou a incorporar, crescentemente, práticas de terceirização da força de trabalho, independentemente da existência de texto legal autorizativo da exceção ao modelo empregatício clássico. É o que percebe, por exemplo, com o trabalho de conservação e limpeza, submetido a práticas terceirizantes cada vez mais genéricas no desenrolar das últimas décadas (DELGADO, 2019, p 543).

Assim, nota-se que a terceirização se intensificou nas áreas de informática, serviços jurídicos, recrutamento e seleção, treinamento e desenvolvimento, administração de cargos e salários, restaurante e alimentação, previdência privada, saúde, seguro de vida e acidentes, transporte coletivo, limpeza e conservação, segurança, gráfica, correio externo, malote, frota de veículos, importação e exportação, auditoria

de sistemas, marketing, pesquisa de mercado, propaganda, projetos, laboratórios diversos e serviços domésticos (PASTORE, 2008).

Pode-se dizer, portanto, que o fenômeno tem evoluído como um processo informal, fora dos traços gerais fixados pelo direito do Trabalho no País, vindo a surgir apenas em 2017 diploma que enfrentou mais abertamente a terceirização (com a reforma trabalhista); porém, de acordo com DELGADO (2019, p 544), lamentavelmente, dentro do espírito da reforma feita, o diploma jurídico escolheu o caminho da desregulação do fenômeno socioeconômico e jurídico, ao invés de se portar no sentido de sua efetiva regulação e controle.

1.1 Os critérios da terceirização trazidos pelas Súmulas do TST

O Tribunal Superior do Trabalho, antes mesmo da Constituição Federal, havia fixado uma Súmula conceituando a terceirização, com orientação limitativa das hipóteses de contratação. Era a Súmula 256 do TST que dizia ser ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, salvo nos casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância.

Diante de seu leque exaustivo de exceções terceirizantes, o que comprometia sua absorção pela comunidade jurídica, a Súmula 256 foi revisada e editada a Súmula 331 do TST.

Um dos destaques da Súmula 331, que não possuía na Súmula anterior (Súmula 256 do TST), foi a distinção entre atividade-meio e atividade-fim do tomador de serviços, além de esclarecer o fundamental contraponto entre terceirização lícita e ilícita, fixando, por fim, a responsabilidade subsidiária da tomadora de serviço pelos créditos inadimplidos pela empresa prestadora de serviço.

A licitude, claramente assentada no texto da Súmula 331 do

TST, trazia quatro grupos de situações, quais sejam: a contratação do trabalho temporário (Súmula 331, I); atividades de vigilância (Súmula 331, II); atividades de conservação e limpeza e serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistentes a pessoalidade e subordinação direta (Súmula 331, III).

Importante observar, então, que as limitações contidas na Súmula 331 do TST evidenciam a compreensão do entendimento da Corte Superior Trabalhista acerca da inviabilidade constitucional da terceirização irrestrita, sem freios e descontrolada, como lamentavelmente encontra-se após a promulgação das Leis 13.429/2017 e 13.467/2017.

2. NOÇÃO JURÍDICA DE TERCEIRIZAÇÃO

Terceirização caracteriza-se pela contratação de mão de obra por empresa interposta, na qual se transfere a execução da atividade da empresa tomadora para empresas prestadoras de serviços.

Para Martins (2016, p. 298), terceirização se caracteriza pela contratação de terceiro para desempenhar atividades que não sejam o objeto principal da empresa, tanto para produção de bens quanto de serviços, como na contratação de empresa de limpeza, de vigilância ou para serviços temporários.

Ainda, na visão de Silva (2017, p. 127), as Leis 13.429/2017 e 13.467/2017 fizeram como que a Lei Federal 6.019/74 deixasse de ser a lei de regência do empregado temporário terceirizado, para transformá-la na primeira Lei Geral de Terceirização Trabalhista existente na história do Brasil, disciplinando os contratos de prestação de serviços terceirizados.

Em outras palavras, a terceirização implica o envolvimento de um terceiro na relação empresarial, visando enfatizar a

descentralização empresarial de atividades para outrem, um terceiro à empresa. Assim, o trabalhador é inserido na empresa tomadora, mas seus laços trabalhistas permanecem com a empresa prestadora de serviços, surgindo uma relação trilateral entre empregado, prestador de serviço e tomador de mão de obra.

O conceito de terceirização encontra-se no artigo 4º-A da Lei nº 6.019/74 com a nova redação dada pela Lei nº 13.467/2017, ocorrendo quando o tomador de serviços, pessoa física ou jurídica, delega sua atividade meio ou fim para pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços com capacidade econômica compatível para a execução do serviço para qual foi contratado.

2.1 Noções de atividade-meio e atividade-fim da empresa

A diferença entre atividade-fim e atividade-meio era de extrema importância para caracterização da ilicitude da terceirização, deixando de existir após o advento das Leis 13.429/2017 e 13.467/2017.

Importante, então, definir a diferença entre atividade-meio e atividade-fim, sendo a atividade-fim caracterizada como as tarefas empresariais ligadas ao núcleo da dinâmica empresarial da tomadora, ou seja, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica, conforme conceitua DELGADO (2019).

Por outro lado, a atividade-meio é excessivamente subjetiva, não estando ligada ao objetivo social da empresa tomadora de serviços, podendo-se citar a limpeza de um estabelecimento bancário (GONÇALVES, 2015).

Ocorre que, em 2017 foram aprovadas as Leis nº 13.429/2017 e 13.467/2017 (Leis da terceirização e da reforma trabalhista), as quais colocaram fim na importância do desempenho da atividade-fim como

caracterizador da terceirização ilícita, trazendo, ainda, outras significativas alterações para a terceirização, que violam as garantias constitucionais e princípios norteadores da relação de trabalho.

2.2 As garantias constitucionais dos trabalhadores

A Constituição Federal (CF) traz limites ao processo terceirizante no que diz respeito às suas normas principiológicas que asseguram ao trabalhador a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CF), da valorização do trabalho ou, ainda, do emprego (artigos 1º, III e 170, CF), da dignidade (artigos 3º, I, 5º, caput, 170 e 193, CF), da segurança (artigos 1º, III, 3º, I e III, 5º, caput e 6º, CF), do combate à discriminação de pessoas, inclusive no ambiente de trabalho (artigos 3º, IV e 7º, XXXII).

Tais limitações foram estabelecidas visando à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, à busca de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais, além de buscar a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, nos termos do artigo 3º, CF.

Dentre tais princípios, chama-se a atenção aos dispostos nos artigos 170, caput e 193 da CF, os quais estabelecem os princípios gerais da atividade econômica com fundamentação na valorização do trabalho e da livre iniciativa, assegurando a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social. Assim, diante de vários princípios que giram em torno do trabalhador, podem-se destacar os princípios da função social da propriedade, a redução das desigualdades sociais e a busca do pleno emprego.

Nesse mesmo diapasão, a Constituição determina a disposição geral da ordem social, destacando ter como base o primado do

trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social.

Na estrutura sistemática da Constituição é inadmissível mecanismos de utilização do trabalho que fragmente o patamar civilizatório mínimo instituído pela ordem jurídica, diminuindo a valorização do trabalho e do emprego, intensificando a desigualdade social entre trabalhadores e empresas, com formas novas de discriminação, frustrando o objetivo de busca do bem-estar e justiça social.

Lamentavelmente, a terceirização irrestrita, como se encontra, não é compatível com a ordem jurídica brasileira; mais adequado, para as garantias constitucionais dos trabalhadores, pode-se dizer que seria a manutenção da Súmula 331 do STF, que possui uma experiência jurisprudencial cuidadosa e equilibrada para a prática empresarial terceirizante.

2.3 Os princípios norteadores da relação de emprego

Os princípios são normas utilizadas como fundamento para aplicação das leis, objetivando auxiliar na edição e aplicação de demais normas, sendo elementos essenciais ao Direito.

Destaca-se alguns princípios como norteadores das relações de emprego, sendo considerado como o maior princípio o da proteção, o qual orienta todas as normas, garantindo ao trabalhador um amparo preferencial no contrato de trabalho.

O princípio da proteção, que é de suma importância para o instituto da terceirização, informa que o Direito do Trabalho deve estruturar uma teia de proteção à parte mais vulnerável e hipossuficiente na relação empregatícia, com o objetivo de reduzir o desequilíbrio inerente ao contrato de trabalho.

Há ampla predominância no ramo jurídico de regras protetivas,

tutelares da vontade e interesses obreiros, suas presunções devem ser elaboradas em vista do alcance da mesma vantagem jurídica retificadora da diferenciação social prática. Sem a ideia protetivo-retificadora, o Direito Individual do Trabalho não se justificaria histórica e cientificamente (DELGADO, 2019, p. 234).

Tal princípio (da proteção), para grande parte da doutrina, é o princípio cardeal do Direito do Trabalho, por influir em toda a estrutura e características próprias desse ramo jurídico especializado.

O princípio protetor é subdividido em três outros princípios, o *in dubio pro operario*, a prevalência da norma mais favorável ao trabalhador e a preservação da condição mais benéfica.

Por sua vez, o princípio *in dubio pro operário*, diz respeito à interpretação do direito do trabalho, então, diante de um texto jurídico que se tenha dúvidas acerca de seu sentido, deverá se pender para a mais benéfica ao trabalhador.

O princípio da norma mais favorável, para NASCIMENTO (1977, p. 235) significa que quando houver muitas normas sobre a mesma matéria, não será utilizada a pirâmide para a conclusão de qual norma se aplicar, ou seja, não será primeiramente a Constituição Federal, depois Leis Federais, Convenções Coletivas ou regulamento da empresa, mas sim, aquela que for mais favorável dentre as normas.

Deve-se optar pela utilização do princípio da norma mais favorável na elaboração da regra, no contexto de confronto entre regras concorrentes ou, ainda, no contexto de interpretação das regras jurídicas, sendo, então, atuante em tríplice dimensão como a informadora, interpretativa e hierarquizante.

Já o princípio da condição mais benéfica, possui a finalidade intrínseca de proteger a parte mais fraca na relação jurídica (trabalhador), garantindo a preservação da cláusula contratual mais vantajosa ao empregado ao longo do contrato.

Assim, “Quando houver várias interpretações sobre a mesma norma, o intérprete utilizará a interpretação mais favorável ao trabalhador. Ressalta-se que esse princípio foi superado pelo princípio da norma mais favorável ao trabalhador. Ademais, não se aplica o princípio *in dubio pro operário* na área processual (...)” (CORREIA, 2015, p. 60).

Pode-se citar ainda, o princípio da irrenunciabilidade ou indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas, que diz respeito a inviabilidade de poder o empregado renunciar as vantagens e proteções que lhe asseguram a ordem jurídica e o contrato.

Já o princípio da irredutibilidade salarial tem como objetivo resguardar o trabalhador para que seu empregador não reduza seu salário, garantindo a estabilidade econômica para o empregado.

O princípio da primazia da realidade determina que a realidade fática deve prevalecer sobre os contratos previamente estipulados, pois é muito comum as partes acordarem de uma forma e na prática agirem de forma diversa.

Dito isso, a nova regulamentação em vários pontos confronta diretamente com tais princípios do Direito do Trabalho, se mostrando um instituto irrestrito que traz a redução das garantias constitucionais do trabalhador.

3 A PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO DIANTE DA NOVA REGULAMENTAÇÃO

As Leis 13.429/2017 e 13.467/2017, que alteraram os preceitos da Lei 6.019/1974 (Trabalho temporário), procuraram estimular a terceirização trabalhista no setor privado brasileiro, mediante o afastamento de várias restrições e controles significativos sobre o processo terceirizante (DELGADO, 2019, p. 554), trazendo, assim,

um novo cenário para o instituto.

Entretanto, pode-se notar um inequívoco direcionamento precarizante das relações de trabalho, que conflitam diretamente com as garantias constitucionais dos trabalhadores, podendo citar a desigualdade de salários entre funcionários terceirizados e contratados, maior risco de acidente de trabalho, a responsabilidade pelo pagamento dos créditos trabalhistas, a subcontratação, a pejotização e a proteção sindical ameaçada.

Destaca-se que o trabalhador presta serviços ao tomador, sem um vínculo jurídico direto entre os dois, pois há relação apenas com a empresa prestadora de serviços, a qual se relaciona economicamente com o tomador, sendo este um aspecto precarizante das garantias dos direitos dos trabalhadores.

Além do mais, visando evitar a configuração da subordinação direta, que resulta em vínculo empregatício, é possível que a tomadora dispense aos terceirizados tratamento diferente daquele direcionado aos seus empregados, gerando, com isso, um ambiente de trabalho hostil com violação do princípio da isonomia, tendo vários trabalhadores dentro de uma mesma empresa regidos por diversos estatutos.

Com isso, é possível notar que essa relação tripartite é economicamente desfavorável para o trabalhador, tendo em vista que a tomadora escolhe contratar a prestadora como uma forma de se livrar dos custos da contratação direta de seus próprios trabalhadores, por sua vez, para obter lucros, a prestadora recebe da tomadora valor superior ao que será pago aos trabalhadores.

Pois bem, analisando as alterações da terceirização, trazidas pelas Leis da Reforma Trabalhista (13.467/2017) e da terceirização (13.429/2017), cita-se, então, as principais modificações precarizantes das relações de trabalho, quais sejam:

O § 1º do artigo 4º-C da Lei 6.019, introduzido pela Lei 13.467/2017, trouxe o afastamento da imperatividade da isonomia entre trabalhadores terceirizados e empregados da tomadora, permitindo a livre vontade do poder econômico para o salário equitativo.

Ora, tal ausência de salário equitativo confronta diretamente com o princípio constitucional da antidiscriminação (art. 3º, IV, da Constituição Federal), mostrando-se aspecto precarizante ao trabalhador.

Além disso, a nova regulamentação trouxe o poder diretivo tão somente à vontade da empresa prestadora de serviço, pois o §1º do artigo 4º-A da Lei 6.019/74, redação dada pela Lei 13.429/2017, determina que a empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores.

Tal estratégia normativa parece ter sido criada para se evitar a caracterização da subordinação entre empregado terceirizado e tomadora de serviços e impedir o reconhecimento de vínculo empregatício, pois aqui quem dirige, supervisiona, controla e remunera o serviço é a empresa tomadora.

Nesse compasso, o artigo 4º-A, §2º é categórico ao excluir o vínculo de emprego entre as partes, determinando que “Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante”.

Por fim, uma das mais significativas alterações e de maior relevância para a terceirização, foi a possibilidade de contratação da mão de obra para a execução de qualquer atividade, inclusive sua principal, à empresa prestadora de serviço que possua capacidade econômico, compatível com a sua execução (artigo 4º-A da Lei 6.019/74):

Contribuindo com este novo entendimento acerca da terceirização, em 2018 o Supremo Tribunal Federal (STF) ao julgar o recurso extraordinário (RE) nº 958.252/MG e a Arguição de Descumprimento de Preceito Federal (ADPF) nº 324/DF, decidiu ser “lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante” (Delgado, 2019).

Ato contínuo, em 2020 o Supremo Tribunal Federal (STF) ao julgar as ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs 5.685, 5.686, 5.687, 5.695 e 5.735) reafirmou a constitucionalidade da Lei de Terceirização (Lei 13.429/2017).

Diante disso, as decisões do Tribunal Superior do Trabalho (TST) também segue no mesmo sentido da licitude da terceirização, independentemente do objeto social das empresas envolvidas (TST, 2019).

Ficou, então, superada a distinção entre atividade-fim e atividade-meio da empresa, garantindo amplitude para as formas de contratação de empresa interposta, ou bem assim dizendo, trazendo para nosso ordenamento jurídico a terceirização irrestrita.

Há de se destacar que os direitos trabalhistas possuem inegável caráter de direito fundamental, contidos na Constituição Federal, além de estarem atrelados ao princípio da proteção, sendo sem dúvida inadmissível tais alterações normativas tão devastadores às garantias fundamentais do empregado, as quais são capazes de prejudicar a classe trabalhadora, como se percebe atualmente.

Frisa-se, tal amplitude para a terceirização, sem dúvida contraria diretamente a Constituição Federal, inclusive no que tange à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III), da valorização do trabalho e especialmente do emprego (art. 1º III, combinado com o art. 170,

caput), a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII), da segurança também em sentido humanístico e social, em contraponto ao seu artigo viés meramente patrimonialíssimo (art. 1º, III; art. 3º, I e III; art. 5º, caput; art. 6º) do combate à discriminação de pessoas humanas, inclusive no mercado de trabalho (art. 3º, IV; art. 7º, XXXII) e a busca do pleno emprego (art. 170, VIII).

Por outro lado, a fiscalização de fraudes às normas de proteção ao trabalho, em busca da nulidade de atos fraudulentos descrita no artigo 9º da CLT, também ficou prejudicada diante da terceirização irrestrita, a qual mascara a revelação da dependência, da subordinação jurídica, do detentor do poder de direção compartilhado ou superposto entre as duas empresas, abrindo, assim, caminho para a ampliação da fraude dissimulada de secundarização de serviços, como por exemplo empresas partícipes que se apresentam como parceiras, mas na verdade escondem-se por detrás da capa de aparente legalidade, terceirizações ilícitas.

Dessa forma, mesmo a terceirização irrestrita ganhando roupagem jurídica e ares de legalidade, de forma alguma encontra respaldo no ordenamento jurídico em sua totalidade, já que esbarra nos princípios que norteiam o Direito do Trabalho e garantias constitucionais dos trabalhadores, resultando de forma lamentável a mercancia de mão de obra e violando o respeito integral da pessoa humana.

CONCLUSÃO

Diante das alterações advindas das Leis 13.429/2017 e 13.467/2017, o presente trabalho teve por finalidade analisar vários pontos precarizantes nas relações de trabalho, sendo uma das principais mudanças a possibilidade de terceirizar a atividade-fim da

tomadora de serviços, que diz respeito a qualquer tipo de atividade, até mesmo a principal e preponderante, ligada ao objeto final da empresa, o que até então não era permitido, já que apenas se terceirizava as atividades que não constituíssem o objeto principal da tomadora (atividade-meio).

Assim, num primeiro momento, analisou-se a trajetória histórica da terceirização com destaque para as alterações mais significativas trazidas pelas Leis 13.429/2017 e 13.467/2017, citando-se as garantias constitucionais dos trabalhadores, como a valorização do trabalho, livre iniciativa e existência digna, conforme os ditames da justiça social, ressaltando ainda os princípios norteadores da relação de emprego, como princípio da proteção, princípio *in dubio pro operário*, princípio da norma mais favorável, princípio da condição mais benéfica, irrenunciabilidade ou indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas, princípio da irredutibilidade salarial e princípio da primazia da realidade.

Em segundo momento, refletiu-se acerca dos efeitos negativos da nova temática que resultou na terceirização irrestrita que viola os direitos trabalhistas e garantias constitucionais, culminando na precarização das relações de trabalho.

Observa-se, portanto, mesmo que a terceirização irrestrita tenha ganhado roupagem jurídica e ares de legalidade, de forma alguma encontra respaldo no ordenamento jurídico em sua totalidade, já que esbarra nos princípios que norteiam o Direito do Trabalho e garantias constitucionais dos trabalhadores, culminando na mercancia da mão de obra trabalhadora e violando o respeito integral da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Recurso Extraordinário (RE) nº 958252. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4952236>>. Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Arguição de Descumprimento de Preceito Federal (ADPF) nº 324/DF. Relator: Ministro Luiz Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584> >. Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5685/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur429625/false>>. Acesso em 01/09/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5686/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur429626/false>>. Acesso em 01/09/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5687/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur429627/false>>. Acesso em 01/09/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5695/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em:

<<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur429628/false>>. Acesso em 01/09/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5695/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur429629/false>>. Acesso em 01/09/2020.

BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho TST. ARR: 5577220145030103, Relator: Emmanoel Pereira. Brasília, DF. 14 jun. 2019. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/721826187/arr-5577220145030103>>. Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 256. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256>. Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 15 set. 2019.

PASTORE. José. Terceirização: Uma Realidade Desamparada Pela Lei. Rev. TST, Brasília, vol. 74, no 4, out/dez 2008.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Carta agerta aos “terceirizados” e à comunidade jurídica. Belém: Revista do TRT-6ª Região, v. 44, n. 86, jan/jun 2011, p. 135-148.

CASTRO, Rubens Ferreira de. A terceirização no direito do trabalho. São Paulo: Malheiros. 2000.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do trabalho. 32. ed. São Paulo: Saraiva, p. 298, 2016.

SILVA, Paulo Renato Fernandes da. Cooperativas de Trabalho, terceirização de serviços e direito do trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, p. 127, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 18. ed. São Paulo: LTr, p. 564, 2019.

GONÇALVES, Nilton Oliveira. Terceirização de mão-de-obra. São Paulo: LTr, 2015.

CORREIA, Henrique. Direito do Trabalho para os concursos de Analista e Técnico do TRT E MPU. 7º edição. Salvador: Juspodvim, 2015. p 60.

PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO E O RESGUARDO DO EMPREGADO DOMÉSTICO DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19

PRINCIPLES OF LABOUR LAW AND THE PROTECTION OF THE DOMESTIC WORKER DURING THE COVID-19 PANDEMIC

*Láís B. S. Ferraz*²³⁴
*Ricardo Estevão Soares de Ávila*²³⁵

RESUMO

A temática desenvolvida aborda a relevância dos princípios regentes do Direito do Trabalho, em plena pandemia da COVID-19, em decorrência do modo como têm sido conduzidas as relações empregatícias no âmbito doméstico. A análise das medidas as quais têm sido submetidas as pessoas que exercem o trabalho doméstico combinada ao panorama do mesmo no Brasil são reflexos da histórica marginalização dessa categoria laboral. O presente artigo, por sua vez, propõe a reflexão acerca da necessária mudança, especialmente em tempos de calamidade pública como a pandemia, das condições de trabalho dessa categoria profissional.

Palavras-chave: Empregado doméstico. COVID-19. Princípios do Direito do Trabalho.

ABSTRACT

The subject here developed addresses the relevance of the Principles of brazilian Labour Law, during the COVID-19 pandemic, due to the

²³⁴ Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. E-mail: laisferraz@usp.br

²³⁵ Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. E-mail: adv.ricardoestevao@gmail.com

way of conducting the employment relations in the domestic field. The analysis of the legal measures submitting the domestic workers combined to the thorough observation of the reality of domestic work in Brazil, are the reflexes of an historical marginalization of this category of workers. The article proposes a critical reflection about the need for change of the domestic work conditions, especially in times of public calamity as this pandemic.

Keywords: Domestic worker. COVID-19. Principles of Labour Law.

INTRODUÇÃO

Segundo a Lei Complementar n. 150, de 2015, que trata das relações de trabalho no âmbito doméstico, empregado doméstico é:

[...] aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana, aplica-se o disposto nesta Lei.

Desta redação, extrai-se que, independe da atividade exercida, seja serviço intelectual, seja manual, seja especializado, enquadrar-se como trabalho doméstico as relações empregatícias que apresentam tais características.

Outra definição relevante é a da Organização Internacional do Trabalho ao qualificar:

Trabalhadoras(es) domésticas(os) podem: trabalhar em tempo integral ou parcial, ser empregada(o) por uma única família ou por várias, morar na casa do(a) empregador(a) ou em sua própria residência. A categoria também inclui trabalhadoras domésticas imigrantes, que, no caso da legislação brasileira, têm os mesmos direitos das trabalhadoras domésticas brasileiras.

Assim disposto, trabalhadores e trabalhadoras nos serviços domésticos gerais, motoristas particulares, indivíduos qualificados no cultivo de hortas, jardins e viveiros, pessoas que exercem serviços de cuidados pessoais, cozinheiros e cuidadores de crianças, são considerados trabalhadores domésticos. O enfoque do artigo, entretanto, será a empregada doméstica encarregada dos serviços domésticos gerais, em vista da preponderância desta categoria nessa relação trabalhista.

Acerca do cenário global de pandemia, é necessária a menção de que a mutação noticiada em 2019 do vírus já conhecido pela comunidade científica, implicou em um diferente viral denominado novo coronavírus (SARS-CoV-2), que assustadoramente se espalhou pelo mundo, originando a pandemia do presente momento. Inúmeras vidas foram acometidas, o número de mortes e doentes cresceu exponencialmente. É mandatária a noção de que existem grupos mais suscetíveis ao desenvolvimento de quadros respiratórios graves e resultados fatais, em decorrência da doença, como o dos idosos e o dos portadores de doenças crônicas, bem como a de que ela pode manifestar-se assintomática em alguns indivíduos, havendo, desse modo, necessidade de um ímpeto de cautela no comportamento da sociedade como um todo.

Governanças do planeta todo tiveram de posicionar-se e tomar providências de enfrentamento e contenção do coronavírus. No Brasil, no dia 06 de fevereiro de 2020, a Lei n. 13.979 passou a regular as medidas de saúde pública neste contexto de emergência da pandemia, em seguida, o Decreto-Legislativo n. 06, no dia 20 de março, decretou o estado de calamidade pública, trazendo consigo diversas medidas de combate à pandemia a serem tomadas.

Dito isso, a Lei Complementar n. 150, de 2015, não é suficiente como único respaldo legal na regulação das relações

empregatícias do trabalho doméstico na contemporaneidade da pandemia da COVID-19, que exigiu mudanças em todas as faces da vivência humana, muitas delas imperiosas para o Direito do Trabalho.

No dia 22 de março de 2020, publicou-se no Diário Oficial da União a Medida Provisória 927, de 2020, cujo conteúdo dispõe sobre a adoção de certas medidas trabalhistas frente ao período de calamidade pública determinado pelo Decreto-Legislativo n. 06. Ainda que a mesma tenha perdido a vigência no dia 19 de julho, aqui reside a justificativa quanto a opção da matéria do presente artigo, visto que as mudanças – para além somente da MP 927 emitida em resposta ao cenário de crise - nas relações de trabalho são significativas, e podem reforçar a hipossuficiência frequente entre patrão e empregado, ainda mais se considerado o grupo das trabalhadoras domésticas, que são maioria numérica nas relações do trabalho doméstico, cujo acesso à informação costumeiramente é raso e insuficiente, seja em matéria de seus direitos, seja sobre a vigência das alterações legais trabalhistas, seja sobre os princípios do Direito do Trabalho que devem reger a relação empregatícia em que se encontram, e ainda cuja exposição aos riscos de contágio se amplifica em função da marginalização preocupante quanto a dificuldade de acesso à saúde.

Por sua vez, é acertada a significância do conceito de informalidade na temática deste artigo, uma vez notada a corriqueira violação dos direitos humanos e trabalhistas justamente pelo reforço de ser esta uma relação de “assalariamento na qual o trabalhador(a) não tem carteira assinada e corresponde a uma relação de trabalho que não está coberta pela legislação trabalhista nacional”, por definição da OIT. Nesse sentido, a ciência de que formalizar a relação empregatícia implica em melhora nas condições de trabalho, vida e seguridade social desses trabalhadores e trabalhadoras permeia todo o presente

artigo, sem desconsiderar o dever do Estado de incentivar que medidas assim sejam tomadas, mitigando violação de direitos humanos, visto que casos de trabalho infantil, trabalho forçado e discriminação são muito mais presentes nessa realidade que o imaginado.

É certo que a compreensão dos princípios na regulação do trabalho doméstico, bem como da forma a ser conduzido o resguardo desses trabalhadores, não pode ser dissociada da observação da realidade dos próprios trabalhadores, inclusive em aspectos financeiros, visto que, se assim fosse feito impossibilitaria a implantação empírica do raciocínio jurídico construído ao longo do texto.

1 BREVE ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

Como precedente ao entendimento da relevância dos princípios do Direito do Trabalho é preciso discorrer sobre a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que, em seu primeiro artigo, assenta a essencialidade da valorização do trabalho, tido como princípio fundamental ao funcionamento da sociedade brasileira. Assim disposto, a melhor compreensão do Direito do Trabalho exige a análise de seus princípios, que se caracterizam pela natureza jurídica normativa ao objetivarem regular, gerar interpretações prudentes e inspirar, com respaldos constitucionais, o uso e elaboração da legislação. São eles o princípio da proteção, da continuidade, da primazia da realidade, da irrenunciabilidade de direitos, da inalterabilidade contratual lesiva e da intangibilidade salarial.

O princípio da proteção é considerado por muitos autores o mais importante, sendo a base da desejosa estruturação de igualdade

entre as partes nas relações trabalhistas. Busca contrabalancear a fragilidade, nem sempre exclusivamente econômica, do ente hipossuficiente, o trabalhador, com determinações jurídicas em sua proteção.

Para consagrar de maneira efetiva a amplitude dessa estruturação, o princípio é subdividido em outros três: o da norma mais favorável, da condição mais benéfica e do *in dubio pro operario*. O primeiro teoriza que, independentemente de lei específica, sempre será aplicada a norma mais favorável ao empregado; o segundo implica em, mesmo que o empregador efetue mudanças em cláusulas regulares, a validade destas é determinante para empregados admitidos após as alterações; o terceiro, por fim, soluciona hipóteses de pressuposta dúvida acerca da interpretação de uma norma quanto à validade de uma decisão, definindo a pendência para o lado da parte hipossuficiente, ou seja, será decidido em favor do trabalhador, em caso de dúvida, se assim puder ser feito sem desprezeitar a finalidade da lei.

O princípio da primazia da realidade, cuja redação se encontra no art. 9º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), discursa sobre a prevalência dos fatos aos ajustes formais, na tentativa de mitigar a coação no ambiente trabalhista. Trata-se de determinar que a realidade prevalecerá até mesmo ao documentado e às cláusulas contratuais. É válida a ressalva quanto a duplicidade deste princípio, que poderá ser aplicado a favor ou contra o trabalhador, pois prevalecerá o concluído através da análise dos fatos.

Tem-se no princípio da continuidade a regulação quanto a indeterminabilidade do prazo do contrato de trabalho, só sendo encerrado por motivo expresso em lei. No entanto, no Brasil, existem exceções legais que possibilitam contratos com prazo determinado, como a do período de experiência, nunca excedendo 90 (noventa) dias.

A redação do princípio da inalterabilidade contratual lesiva veda alterações contratuais que prejudiquem o trabalhador. A exceção, neste caso, é prevista no art. 7º da Constituição Federal, para caso de redução de salário por meio de negociação coletiva, geralmente realizada por sindicatos, sendo também permitida a redução quando o trabalhador trocar de patamar de cargo de confiança para cargo efetivo. Pode ser conjugado ao art. 486 da CLT, o qual veta quaisquer mudanças não benéficas ao trabalhador, trazendo o princípio da intangibilidade salarial, também disposto no art. 8º da Convenção n. 95 da OIT, proibindo os descontos salariais, exceto quando permitido pela legislação do país.

Por fim, tem-se o autoexplicativo princípio da irrenunciabilidade de direitos, vedando que o trabalhador renuncie seus direitos previstos em lei.

2 PANORAMA DO TRABALHO DOMÉSTICO NO BRASIL: UM RECORTE HISTORICAMENTE RACIAL E DE GÊNERO

Observar dados sobre o trabalho doméstico remunerado, especialmente no que tange a categoria enfoque deste artigo, é, em um primeiro momento, confirmar o trazido pela visão estereotipada do mundo. Automaticamente, visualiza-se um emprego feminino associado à baixa escolaridade e renda, com expressiva parcela de mulheres negras. Seria injusto, entretanto, resumi-lo dessa forma, não dedicar olhar minucioso e seguir com a banalização do que sempre se soube: os mais excluídos tendem a ser sempre os mais prejudicados e, nesta conjuntura, considerando o trabalhador doméstico remunerado frente a pandemia, o são não somente na relação com o empregador, mas também no acesso à saúde, na baixa proteção social e na

recorrente exposição a violências como discriminação e assédio dentro do próprio ambiente de trabalho.

Para compreender essa relação empregatícia pouco abordada na doutrina, se considerada sua extrema relevância quantitativa no âmbito trabalhista, e planejar políticas públicas coerentes e eficientes, não é suficiente o contentamento com o discurso já conhecido e reproduzido cotidianamente mencionado acima, desse modo, os dados apresentados buscam transmitir e consagrar a reflexão aqui exibida.

No mundo, 80% de todos aqueles que executam o trabalho doméstico são mulheres, como divulgou a Organização Internacional do Trabalho (OIT, 2013). Na América Latina e no Caribe, o percentual aumenta para 88%, recorte que, no Brasil, avança para 92,4% (PNAD Contínua/IBGE, 2019).

Enquanto o percentual das mulheres brasileiras ocupadas²³⁶ é de 14,6% no trabalho doméstico, para os homens a ocupação não chega a ser nem 1% na mesma categoria (PNAD Contínua/IBGE, 2018).

Dos 6,24 milhões de brasileiros no trabalho doméstico, 4 milhões eram pessoas negras, e destas, 3,9 milhões correspondiam a mulheres negras empregadas no serviço doméstico (PNAD Contínua/IBGE, 2018). Elas são 63% de todo trabalho doméstico remunerado, o que não pode ser mencionado sem a devida crítica quanto às heranças escravocratas de um passado que na vida dessas

²³⁶ O termo “ocupadas” representa a definição trazida pelo conceito de Ocupação para o IBGE, sendo classificados como ocupadas as pessoas que, na semana de referência em que se realiza a coleta de dados, tenham ao menos uma hora completa em trabalho remunerado (seja em dinheiro, seja produtos, mercadorias ou benefícios como moradia, alimentação, roupas, treinamentos, etc.) ou em trabalho sem remuneração direta em ajuda à atividade econômica de membro do domicílio ou parente que reside em outro domicílio, ou ainda as que tinham trabalho remunerado mas estavam temporariamente afastadas nessa semana.

milhões de mulheres não se mostra tão inerte, mas ativamente reitera desigualdades socioeconômicas e raciais.

Nos entremeios pouco explanados estão os 90 mil adolescentes entre 14 e 17 anos inseridos no exercício do trabalho doméstico (IBGE), o que não é permitido pela legislação e, evidentemente, afeta o desenvolvimento socioemocional dos mesmos, com perdas imensuráveis como o distanciamento das oportunidades de educação. Esse olhar pouco atento da sociedade a este cenário, revive um problema ainda mais enraizado que é o frequente discurso desinformado de que o trabalho doméstico infantil não é perigoso nem danoso ao desenvolvimento da criança e do adolescente.

Outro dado, este de extrema relevância para a discussão acerca da vulnerabilidade do recorte temático aqui descrito, trata do envelhecimento desta força de trabalho em específico. O avanço da faixa etária mais volumosa da força produtiva para a parte da população que é mais velha da qual costumava se concentrar o maior contingente de mulheres ocupadas, é tendência observada há anos no Brasil. Trata-se do generalizado envelhecimento da mão de obra.

O setor das domésticas, porém, apresenta suas particularidades. O crescimento proporcional de mulheres idosas que continuaram exercendo o trabalho doméstico remunerado foi consideravelmente maior do que para o restante das mulheres idosas ocupadas de forma geral. Durante o mesmo intervalo analisado (1995-2018), o ápice do crescimento proporcional da presença de mulheres idosas no trabalho doméstico foi de 8% em 2017, percentual que era de 2,9% em 1995 (PNAD e PNAD Contínua/IBGE), enquanto para as mulheres ocupadas em geral, a variação proporcional ampliava-se de forma praticamente inexpressiva.

Conclui-se que o envelhecimento da mão de obra feminina tem sido mais intenso no emprego doméstico, o que é indicador de intensa

nocividade por passar a ser reconhecido nestas outro agravante da exposição a qual são submetidas quando obrigadas a trabalhar normalmente em tempos de pandemia, já que a população idosa é o grupo alto risco da COVID-19 e nela se encontravam, em 2018, 7,4% das trabalhadoras domésticas brasileiras. (PNAD Contínua/IBGE, 2018)

O envelhecimento desse perfil de trabalhadoras ocorrera de forma que já há maior expressividade da faixa dos 30 aos 59 anos do que a de até 29 anos, costumeiramente mais volumosa do que as outras, mas atualmente reduzida em função da transição para tais faixas de mais elevadas idades.

Internamente ainda se encontram complicações como o fato de esse setor trabalhista ser fortemente marcado pela informalidade, o que retoma uma preocupação imensa quanto às inúmeras possibilidades de desrespeito a direitos resguardados pelas leis brasileiras e desamparo desse empregado, agravando expressivamente a hipossuficiência da relação trabalhista. A realidade empírica desse desamparo reside, por exemplo, na comprovação de que no Brasil, a maior parte do trabalho doméstico ocorre sem devida contribuição à previdência social.

No relatório trazido pela PNAD Contínua encerrado em novembro de 2019, registrou-se número recorde de trabalhadores domésticos, concomitantemente ao menor patamar de trabalhadores domésticos com carteira assinada no período analisado²³⁷, o que corresponde a 1,757 milhão deles, enquanto outros 4,598 milhões seguem atuando na informalidade. De 2018 para 2019, 112 mil pessoas introduziram-se no emprego doméstico, todas no âmbito da

²³⁷ Iniciado em 2012, indo até último resultado divulgado em novembro de 2019, cujos dados fazem referência ao ano de 2018, do qual foram retirados todos os números apresentados pela PNAD Contínua.

informalidade, não obstante, constatou-se redução de 0,5% dos trabalhadores domésticos que contavam com carteira assinada perderam essa garantia de seu vínculo empregatício.

A informalidade é mais um fator que demonstra a carência de condições mínimas para que essa classe trabalhadora opte pela preservação de sua saúde através do isolamento social, o qual é imprescindível principalmente aos categorizados no grupo de risco e de extrema importância para proteção da população como um todo. É evidente que não foi dada a mesma opção de segurança frente a exposição ao vírus para estes indivíduos, basta observar a complicação em sobreviver com meio salário mínimo por mês, como fazem um a cada quatro trabalhadores domésticos no Brasil, como relatou a OIT. A exigência de uma rotina de trabalho idêntica à anterior a situação pandêmica traz intensos riscos à saúde das trabalhadoras e trabalhadores domésticos e membros de suas famílias, mas a necessidade da renda não os apresenta alternativa diferente de seguir trabalhando, submetendo-os a exposições inadmissíveis frente aos parâmetros de saúde e segurança no trabalho abordados pela Convenção n.189, da OIT.

Promover um ambiente de trabalho seguro e salubre é, nesse cenário pandêmico, determinante à sobrevivência e ao combate da COVID-19. E essa deliberação não pode ser exaurida às condições do local de trabalho, quando se tem evidenciada a predominância da dependência destes trabalhadores do transporte público, a tendência à atribuição de tarefas altamente expostas ao contágio, como designar a estas pessoas a realização das idas ao mercado, passeios em locais públicos com os animais domésticos dos empregadores etc.

O recorte de gênero e de raça na realidade dessa divisão do trabalho é inquestionável, como os próprios percentuais supracitados ilustram. Não se pode, de modo algum, ignorar o contexto histórico

de marginalização dessas trabalhadoras domésticas, e assim agir permitindo a continuidade da banalização de suas vidas. É inadmissível e inconstitucional a manutenção da rotina de trabalho tradicional dessas pessoas, sem nenhuma medida convergente com as recomendações de prevenção e combate ao coronavírus, quando, mais do que nunca, isso representa um risco imensurável à saúde delas e de suas famílias.

3 A PANDEMIA DA COVID-19 E A ALTA NOCIVIDADE PARA O EMPREGADO DOMÉSTICO

De uma concisa reflexão já se consegue concluir quão arriscada é a exposição a qual têm sido submetidos os trabalhadores domésticos para dar continuidade às atribuições como feito antes da pandemia. Outra vez é afirmada a maior vulnerabilidade das vidas das mulheres negras periféricas, pois elas compõem a maior parte da força de trabalho dessa categoria empregatícia.

Faz-se imperativa a citação de acontecimento recente para concretizar a apresentação do dano advindo da manutenção da rotina tradicional do trabalho para essas pessoas que realizam labor doméstico. No dia 17 de março, morreu aos 63 anos senhora de Miguel Pereira²³⁸ (RJ) apresentando todos os sintomas do novo coronavírus após não ter sido dispensada por sua empregadora diagnosticada com a doença (BBC News BRASIL, mar. 2020). Para compreensão da necessidade de romper com a indiferença quanto aos absurdos a que são submetidas as domésticas, em razão da corriqueira hipossuficiência exacerbada nas relações do serviço doméstico,

²³⁸ Assim tratada uma vez que o nome da mesma não fora divulgado.

detalhes deste caso específico serão permeados para ilustrar essa banalização do desrespeito à vida.

A família empregadora reside no Leblon, uma das áreas mais nobres da cidade do Rio de Janeiro, a senhora, durante as duas décadas que lá trabalhou, saía do município de Miguel Pereira, atravessando cerca de cento e vinte (120) quilômetros às segundas e sextas-feiras para transitar de seu domicílio até o apartamento onde trabalhava e residia nos dias de semana.

A empregadora, recém chegada da Itália, cuja vivência era de um momento de ápice no número de mortes causadas pelo novo coronavírus, comprovadamente infectada pelo mesmo, ordenou a permanência desta senhora em sua rotina de trabalho normal, mesmo que isso significasse ficar em contato direto com a patroa testada positivo, extremando o risco de contágio. Posteriormente, a trabalhadora apresentou sintomas graves, como problemas respiratórios, sendo encaminhada ao Hospital Municipal Luiz Gonzaga (BBC News BRASIL, mar. 2020).

Segundo relato de parentes da senhora de Miguel Pereira, só no momento em que fora feito o contato da família com a Secretaria de Saúde do Município, e em seguida deste órgão com a patroa para noticiar as suspeitas de COVID-19 de sua funcionária, que a moradora do Leblon relatou ter sido infectada pelo vírus e, mesmo assim, não ter dispensado a doméstica, mantendo-a em sua casa. A senhora, vale menção, integrava o grupo de risco pela idade que tinha, e também por ser diabética e hipertensa. A decisão da patroa de não a escusar do comparecimento ao serviço, nem a informar quanto ao seu estado de saúde, frente à gravidade da exposição que a submetia, fora um ato que extrapolou qualquer limite tolerável de aproveitamento da relação de hipossuficiência.

Dois dias depois de sua morte, comprovou-se que a senhora de Miguel Pereira havia sido infectada, sendo o primeiro caso confirmado de morte por coronavírus no Rio de Janeiro. Imediatamente no dia seguinte, 20 de março, o governo liberou o Decreto-Lei n. 06, declarando estado de calamidade pública e diversas medidas de combate à pandemia. Os procedimentos ideais para mitigar a transmissão exponencial do vírus se dariam pelo isolamento social e respeito da quarentena, infelizmente, como mostra o caso acima e tantos outros mais ocorridos, a recomendação geral se tornou luxo de alguns.

Como demonstram os dados supracitados, a vulnerabilidade dos indivíduos que realizam trabalho doméstico remunerado não pode ser dissociada da análise com recorte de gênero e raça, nem da já compreendida necessidade financeira da maioria nessa categoria que sobrevive com até um salário mínimo mensal, que culmina em uma aceitação de subalternização inadmissível.

As recomendações passadas pelo Ministério de Saúde de cuidados básicos como lavar as mãos com água e sabão, não são assim tão básicas e acessíveis em um país em que 46,8% da população não possui esgotamento sanitário (Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgoto, 2018).

Novamente, os mais excluídos são os mais prejudicados, dessa vez em inúmeras exposições, sem que se esqueça que essas trabalhadoras e trabalhadores domésticos em sua maioria expressão deste Brasil pobre e periférico, são destinatários de uma “dupla jornada” de exposição ao risco: em casa não se encontram as proteções necessárias, nem a condição para se permitir executar as medidas de isolamento tão necessárias, considerando que lá residem outros familiares que muitas vezes também não recebem devida dispensa do comparecimento ao serviço, enquanto no trabalho se encontram

subalternizados desde o momento do tráfego ao local de trabalho, na maioria das situações dependendo do transporte público, até a exposição a locais de aglomeração, dada as tarefas as quais são atribuídos, muitas delas cujos patrões optam por não fazê-las pela exposição arriscada que estas promovem.

Mesmo uma análise sucinta da questão, já desperta o perigo do uso do transporte público, da convivência contrária às restrições do isolamento social com patrões e todos aqueles que podem estar circulando por essa residência que é o local de trabalho, da atribuição de tarefas que exigem circulação por lugares de alto risco de contágio como ida a mercados, ou passeios com os animais domésticos. Não se pode esquecer que a opção por alternativas que exijam a permanência dessa doméstica na residência do empregador é cruel ao vincular, em tempos tão difíceis, a impossibilidade de esta se fazer presente e auxiliar a família que com ela reside e compartilha a vida.

Outras problemáticas preexistentes são a coação, por sua vez, tornada ainda mais frequente, e a intensificação do sentimento de subalternização, que somados a uma realidade em que é impossível sobreviver sem essa fonte de renda, resultam no aprisionamento à aceitação de condições de trabalho, sejam elas quais forem, determinadas pelo empregador, pois o desamparo do desemprego em situação majoritária de informalidade é também risco à sobrevivência.

Não se pode perpetuar a naturalização, seja nas relações trabalhistas, seja em outros tópicos sociais como o acesso precário à maioria dos serviços públicos, destaque para o de saneamento básico, transporte e saúde, do abandono e a falta de proteção a essas pessoas que exercem trabalho doméstico.

O trabalhador doméstico se encontra, histórica e injustamente inferiorizado, marcado por estereótipos socioeconômicos, raciais e de gênero, que enraizaram tamanha subordinação de modo a ser

frequente a aceitação da coação e permanência nessa relação de extremo aproveitamento da hipossuficiência, totalmente contrária ao estruturado pelos princípios do Direito do Trabalho, e cujos riscos, gigantes, por si só, são amplificados pela deficiência da disponibilidade de acesso à saúde, da inoportunidade de permanecer em isolamento social, da dificuldade em exigir que seu ambiente de trabalho seja salubre e seguro, bem como as atribuições advindas destes.

Apesar de o vírus não fazer distinção, a discriminação ocorre por parte da própria sociedade que opta por não agir em prol de sua mitigação e, portanto, segue se comportando dessa forma prejudicial, de banalização e aceitação dessa discrepância de tratamento frente estas trabalhadoras e trabalhadores domésticos.

4 A FUNDAMENTAL OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO NO RESGUARDO DO EMPREGADO DOMÉSTICO EM TEMPOS DE PANDEMIA

O conhecimento e compreensão do que a lei assegura é sempre importante em tempos de crise, como os atuais, as normas solidificam os principais pilares a serem respeitados e essencialmente garantidos para que haja no maior nível possível a promoção de um trabalho decente, salubre e coerente com a dignidade da pessoa humana, que é direito constitucional.

Antes de adentrar nas garantias trazidas intrinsecamente pelos princípios que edificam o Direito do Trabalho interessantes ao resguardo da pessoa que realiza o trabalho doméstico no cenário de pandemia, é necessária menção de certas proteções provenientes da própria Constituição Federal de 1988 em seus artigos 196 e 197, sendo elas o direito à saúde, praticado de modo que o Estado promova

políticas sociais e econômicas que busquem reduzir o risco de doenças e de outros agravos, além de garantir o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, recuperação e proteção, e a disposição quanto ao dever do poder público de, nos termos da lei, regulamentar fiscalização e controle das ações e serviços de saúde. A par disso, o artigo 194 disserta sobre a seguridade social compreender um conjunto integrado de ações por iniciativa do poder público para assegurar os direitos relativos à saúde, previdência e seguridade social.

É preciso, mais uma vez, salientar que grande parte dos empregados domésticos, grupo majoritariamente composto pelas empregadas domésticas que realizam serviços gerais, compõem elevado contingente sujeito ao peso da informalidade, não possuem as mínimas condições para adotar o isolamento social sem que prejudiquem a renda da qual necessitam, impactando diretamente em sua, e na daqueles que deles financeiramente dependem, sobrevivência. Isso, por si só, fortalece de forma negativa a característica da hipossuficiência, aumentando a frequência da aceitação de trabalhos indecentes, insalubres e nada seguros pela necessidade de manutenção da renda.

A mais evidente violação neste contexto de pandemia está no princípio da proteção, uma vez que, não se assegura igualdade ou liberdade alguma em vista da exigência de a parte mais vulnerável romper com o isolamento social, e assim enfrentar todos os riscos e exposições anteriormente citados. De agravo, não foram ajustadas pela caduca Medida Provisória 927, de 2020, as consequências do emprego de violência ou grave ameaça na possibilidade que a mesma traz de se realizar pacto individual entre as partes, ao passo que há permissividade de contradição do disposto em lei na redação de seu regimento interno, o que torna preciso a reafirmação de que poderá,

de acordo com o inciso I, do artigo 197 do Código Penal, o empregador ser responsabilizado por crime de atentado à liberdade de trabalho ao se utilizar de violência ou grave ameaça para constranger o empregado a trabalhar durante determinados dias, sendo cabível condenação a detenção de um a doze meses e multa, ainda adicionada pena a correspondente violência.

Essa responsabilização penal, é uma tentativa de resguardar na lei, ainda que a redação Medida Provisória 927, de 2020, tenha optado por ignorar, a proteção contra comportamento violento ou de grave ameaça do empregador com a pessoa que realiza o serviço doméstico, a qual visa mitigar a hiperextensão da hipossuficiência da relação.

Como já conceituado, essas trabalhadoras e trabalhadores domésticos têm como seu ambiente de trabalho residências familiares, local privado em que frequentemente não se apresentam com a evidência e transparência necessária os termos da relação laboral, ainda mais quando observadas a informalidade e conseqüente exclusão na legislação trabalhista. A somatória desses fatores corrobora com a tendência ao aumento de meios inadmissíveis de trabalho, preocupação não só restrita ao presente momento, mas também às relações instituídas futuramente frente a crise econômica e ao desemprego, cuja ansiedade quanto ao possível aumento do trabalho infantil e do análogo à escravidão surge como expoente de maior preocupação. Assim, o princípio da irrenunciabilidade de direitos tem sido e será gravemente violado, fazendo-se essencial o conhecimento do trabalhador doméstico acerca de seus direitos, bem como da inaceitável renúncia destas garantias legais frente ao abuso da posição favorável em que se encontra o empregador.

A caduca Medida Provisória 927, de 2020, trouxe, diferentemente do disposto pela Lei Complementar n. 150, de 2015, a autorização de concessão de férias por ato do empregador, mesmo que

o trabalhador não tenha completado os doze meses exigidos, surgindo a faculdade do acordo individual e negociação quanto a antecipação das férias, observado o aviso com antecedência de 48 horas. Observa-se com o disposto a possibilidade de permitir aos trabalhadores e trabalhadoras domésticos a permanência no isolamento social. Entretanto, o artigo 9º da Medida Provisória convencionou a efetivação do pagamento até o quinto dia útil do mês subsequente ao de início das férias, por sua vez, o recebimento do adicional de um terço, garantia da CLT, poderá ser de adimplemento posterior, desde que ocorra até 20 de dezembro de 2020.

Pelo período que permaneceu em vigência, a Medida Provisória 927 foi alvo das mais diversas observações, visto que se ponderava a manutenção dos empregos frente a proteção do trabalhador e seus direitos. É essencial notar a permissividade da medida quanto aos acordos individuais se sobreporem as leis e aos direitos sociais, além da desvinculação ao princípio do diálogo social enunciado pela própria OIT, que prevê a organização tripartite entre o governo, o empregador e os trabalhadores, crucial para a promoção do trabalho digno. Ademais, sua redação abriu margem para a violação do princípio da inalterabilidade contratual lesiva, pois aos empregadores foi possibilitada a flexibilização dos contratos de trabalho nem sempre feitas de modo concordante com o mesmo.

Se realizada de acordo com o princípio da proteção, a concessão de férias antecipadas demonstrou-se alternativa à segurança de ambas as partes, pois certifica a manutenção da renda e do emprego ao trabalhador, concomitante ao cumprimento das recomendações da Organização Mundial da Saúde de respeito ao isolamento social. De maneira análoga, a Medida Provisória também permitia que fosse acordada a antecipação e aproveitamento de futuros feriados, exceto os de cunho religioso, com o dever de o empregador comunicar, com

antecedência de 48 horas, por escrito ou meio eletrônico, que assim fora determinado por ele, especificando com transparência quais datas serão antecipadas. Quanto aos feriados religiosos, era preciso que houvesse acordo individual por escrito, com o consentimento do funcionário.

Houve, através da mesma medida provisória, a flexibilização do recolhimento do Fundo de Garantia de Tempo de Serviço dos meses de março, abril e maio, na tentativa de permitir que o empregador consiga manter o vínculo empregatício, conjunta a possibilidade de que seja adimplido em até seis parcelas mensais. Ainda que não seja o ideal quanto à promoção da seguridade social das trabalhadoras e trabalhadores domésticos remunerados, na ponderação prevaleceu a manutenção do emprego a exigência do recolhimento, ressaltando que futuramente este será adimplido.

Ante a caducidade da Medida Provisória 927, de 2020, os empregadores não poderão mais alterar e/ou flexibilizar os contratos de trabalho da forma como ela previa. Resta a observação desta frente as complicações práticas de acentuação da relação hipossuficiente entre empregado e empregador, alarmante quando visualizada na realidade dos trabalhadores domésticos. Nota-se que o Brasil, em 2019, fora incluído na “short list²³⁹” da OIT, por suspeita de violação das convenções internacionais do trabalho em função da Lei n. 13.467/2017, fato que deveria tornar o exercício de criação da regulação trabalhista cauteloso quanto ao respeito das garantias

²³⁹ Trata-se da divulgação anual chamada “long list” de casos analisados pelo Comitê de Peritos da OIT como graves violações a normas de proteção internacional. Em seguida, a lista de violações é analisada, por órgão independente composto por juristas de diferentes países, em termos de aplicação das recomendações e convenções da OIT por parte de seus Estados-membros. Este Comitê de Peritos profere decisão acerca dos 24 piores casos a serem discutidos individualmente em Conferência da OIT, sendo esta a “short list”.

constitucionais e das proposições da OIT em suas Convenções, e não continuamente questionável quanto a proteção do trabalhador, distanciado do próprio princípio da proteção de estruturação de igualdade entre as partes da relação trabalhista.

Outras alternativas legais são encontradas na anterior Medida Provisória 936, de 2020, posteriormente convertida na Lei n. 14.020, de 2020, que instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e apresentou medidas trabalhistas ao enfrentamento do estado de calamidade reconhecido pelo Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

Esses diplomas legais possibilitaram a suspensão temporária do contrato de trabalho e a redução salarial se combinada com a diminuição da jornada de trabalho, observados alguns requisitos, como a preservação do salário-hora, priorizando o princípio da intangibilidade salarial. Viabilizaram também que os trabalhadores alcançados pela suspensão contratual ou a redução salarial requeiram o chamado Benefício Emergencial do Emprego e Renda.

A Lei n. 14.020, de 2020, deixou claro ainda que aquele empregado alcançado pela suspensão contratual ou a redução da jornada e salário terá uma garantia provisória no emprego durante a medida adotada e, após o seu término, pelo período acordado da suspensão ou redução.

Posterior a toda exposição generalista até aqui discorrida, é evidente que a mais preocupante violação dos princípios do Direito do Trabalho frente aos domésticos ainda se trata da expressiva informalidade. O combate a esta não deve ser abordado e estruturado com a simplicidade que corriqueiramente o é, pois se trata da promoção de seguridade, garantida a grande parte das outras classes trabalhadoras, que não pode mais ser apartado desses serviços cuja

marginalização, seja ela física, como mostram os dados acerca da realidade desses trabalhadores em que o acesso aos direitos e garantias fundamentais são diariamente negados, seja psicológica, vide toda discriminação e intensificação da hipossuficiência nas relações empregatícias que são relatadas.

Mais do que nunca, em tempos de pandemia, essas vidas - e mais uma vez, majoritariamente, a das empregadas domésticas que realizam serviços gerais - têm sido banalizadas por serem desnecessariamente expostas a riscos deliberados por seus próprios empregadores, cuja recusa costuma significar ameaça de rompimento do vínculo empregatício, que acarretará em ainda maior vulnerabilidade financeira por se tratarem de tempos incertos de crise na saúde, na economia e no meio laboral.

Trata-se, então, da essencialidade da imposição do princípio da proteção como regente de toda relação empregatícia do trabalho doméstico, esta tão frequentemente afastada do mesmo pelo desdém do fato de que qualquer estrutura de relação de trabalho só é fundamentada de maneira positiva quando conexa ao princípio da proteção. O pouco ou breve conhecimento do mesmo, por ambas as partes, se demonstra especialmente danoso aos trabalhadores e trabalhadoras domésticas. Infelizmente, o tratamento da lei não se faz da maneira profunda que asseguraria a promoção do trabalho decente no âmbito dos serviços domésticos, não só por excluir a maior parte das relações presentes nesta categoria frente a informalidade, mas também por, assim como a maioria das leis, não ser de acessível compreensão e propagação aos que nela podem e devem se amparar.

Por fim, o próprio Ministério Público do Trabalho (MPT) emitiu nota técnica com diretrizes para a proteção do trabalhador doméstico, com o cuidado de vinculá-las as garantias trazidas pelos princípios do Direito do Trabalho. O conteúdo da nota abrange

recomendações para que todas as instituições (de empresas à órgãos públicos e sindicatos patronais) sejam elas partes da relação empregatícia, sejam elas capazes de influenciar a mesma, ajam de modo a garantir a igualdade de oportunidades e de tratamento para a pessoa que efetua o trabalho doméstico, incluindo aqueles que o fazem através de empresas prestadoras de serviços de limpeza ou cuidado.

São medidas que aconselham a garantia da dispensa das trabalhadoras e trabalhadores domésticos do comparecimento ao local de trabalho durante o período de recomendação do distanciamento social, em vista das medidas de contenção da pandemia do coronavírus, mas de modo remunerado, assim, a manutenção da rotina tradicional de trabalho se restringe aos serviços essenciais, na nota exemplificados como pessoas cuidadoras de idosas e idosos que residam sozinhos ou de qualquer um que seja dependente de serviços de cuidados, bem como a dispensa com remuneração assegurada durante o isolamento ou a quarentena do respectivo empregador, em caso de este ter sido testado positivo para a doença ou seja somente suspeito. As recomendações até então dispostas encontram respaldo legal nos artigos 2º e 3º da Lei n. 13.979/2020.

Além das supracitadas, o empregador é guiado pelo MPT a promover, caso seja impossível garantir a dispensa da forma como descrita anteriormente, a flexibilização da jornada de trabalho, em concordância com os princípios da intangibilidade salarial e da continuidade através da manutenção do emprego, para que as trabalhadoras e trabalhadores domésticos possam auxiliar seus familiares doentes ou em situação de vulnerabilidade acometida pela COVID-19, nos termos determinados pelas medidas de contenção da pandemia.

Em função da imprescindibilidade da salubridade do local de trabalho, o MPT reforça a importância de o empregador fornecer

equipamento de proteção individual, como luvas, máscaras, óculos de proteção e álcool a 70% para higienização havendo a impossibilidade da dispensa do comparecimento. Há, neste tópico, acertada disposição quanto a responsabilidade das empresas prestadoras de serviços e cuidados de fornecerem a seus contratados os equipamentos de proteção individual. Como aqui discutido, ressalta-se o quão precioso é esse fornecimento do equipamento por parte do empregador, pois a vulnerabilidade financeira acomete grande parte desses trabalhadores, e a substituição e higienização dos mesmos com a frequência recomendada pela OMS gera gastos incompatíveis com a realidade de muitos deles.

A nota técnica adverte quanto a importância de que se garanta, quando possível, o transporte desta pessoa que realiza trabalho doméstico, se for preciso a utilização do transporte público, que o tráfego ocorra nos horários de menor movimentação de pessoas. Neste ponto, observa-se a devida adequação da medida com a realidade do trabalhador quando impossível a dispensa, de modo que promover a proteção do mesmo através do transporte deste ou da opção por jornadas de trabalho que se iniciem e se encerrem em horários distintos dos de superlotação do transporte público se torna imprescindível para a mitigação da nocividade de tal exposição.

Por fim, é abordada a sugestão de que todas as medidas ali descritas sejam estendidas aos trabalhadores e trabalhadoras domésticas e de serviços de cuidados que são contratados na informalidade, sendo este um encerramento digno de destaque quando reiterada toda preocupação com a problemática ausência de vínculo de emprego formalizado no decorrer do artigo.

Por oportuno, vale destacar que, no dia 19 de julho 2020, o Ministério da Economia e a Secretaria Especial de Previdência e Trabalho publicaram no Diário Oficial da União a Portaria Conjunta

n. 20, na qual as medidas apresentadas em muito amparam o já trazido pela nota técnica de diretrizes para a proteção do trabalhador doméstico do MPT. Dentre elas, o reforço da orientação e disponibilização de medidas de prevenção nos ambientes de trabalho, ações para identificação precoce e afastamento em casos de sinais e sintomas compatíveis com a COVID-19, higiene das mãos e etiqueta respiratória e recursos para que sejam devidamente realizadas, além do respeito ao distanciamento social, do uso das máscaras e fornecimento de proteção facial, como a viseira plástica, e a priorização de medidas que evitem o envolvimento em aglomerações.

Em função da inexistência de um trabalho doméstico remoto, as medidas indicadas pela Portaria Conjunta n. 20 indicam condutas à proteção do trabalhador, de orientação quanto ao uso de equipamentos de proteção individual ao fornecimento de máscaras cirúrgicas ou de tecido bem como a obrigação de seu uso. Ainda assim, pouco se efetiva para o necessário resguardo e proteção do trabalhador doméstico, conseqüentemente, perpetua-se todo o histórico de marginalização dessa categoria laboral majoritariamente composta por mulheres negras de baixa escolaridade e precária situação econômica.

CONCLUSÃO

A presente discussão acerca do resguardo da pessoa que realiza o serviço doméstico, associada aos princípios que estruturam o Direito do Trabalho, não pode nem deve ser reduzida ao período pandêmico, uma vez que se mostra pouco tratada na doutrina se considerada sua relevância na contemporaneidade laboral, mas se faz ainda mais necessária em um cenário como este, cuja banalização dessas vidas atingiu patamares extremamente alarmantes. Ainda assim, o exame e

construção desse raciocínio jurídico não pode ignorar a realidade desses trabalhadores, uma vez que, se assim for feito não será realmente efetivo.

A Lei Complementar n. 150/2015 é recente, entretanto, não consegue acudir o maior contingente desta categoria empregatícia, aqueles cuja realidade é a informalidade. Neste contexto, o conhecimento sobre os princípios do Direito do Trabalho, sabendo que toda relação empregatícia deve ser neles fundamentada, é o primeiro passo na tentativa de mitigar esse desamparo, também nesta realidade da COVID-19, para que as trabalhadoras e trabalhadores domésticos tenham o mínimo que seja da proteção e assistência devidas a todo vínculo empregatício.

Como exposto no presente artigo, a vulnerabilidade destas pessoas não se restringe ao âmbito trabalhista, sendo a dificuldade ao acesso à saúde outro fator de destaque para o estudo da relevância do resguardo do indivíduo que exerce o serviço doméstico. A reafirmação de que os mais excluídos têm sido historicamente mais prejudicados não pode ser ignorada em vista da persistência de inferiorizar essas vidas, extrapolando a tolerância da existência de uma hipossuficiência nas relações empregatícias, bem como o descumprimento de inúmeros direitos e garantias fundamentais.

Ademais, conforme os dados apresentados e a configuração de um panorama do trabalho doméstico no Brasil, evidencia-se a predominância feminina no trabalho doméstico adjunto de um recorte racial nele instituído, constatação reproduzida quase que de maneira determinista pelo senso comum, corroborando com a marginalização destas mulheres negras, de baixa escolaridade, situadas em precárias condições econômicas. Se faz, então, exigência de olhar atencioso destinado à proteção e dignificação do trabalho doméstico ao qual se dedicam, sendo essencial a reflexão quanto ao extermínio da

trivialização da exposição destas vidas aos riscos disseminados pelo novo coronavírus.

Apesar de mencionadas algumas disposições legais em termos de como proceder, como as Medidas Provisórias 927 e 936, a sensibilidade e devida correspondência das recomendações com os princípios do Direito do Trabalho para a imperiosa reserva da pessoa que realiza trabalho doméstico, especialmente ao abarcar a extensão do teorizado aos milhões acometidos pela informalidade, somente ocorre de forma precisa e condizente com a promoção do trabalho digno dos funcionários domésticos na nota técnica emitida pelo Ministério Público do Trabalho, que aborda medidas para conter a propagação do novo coronavírus protegendo as trabalhadoras e trabalhadores em tempos de tamanha necessidade, escrito de modo a exprimir toda qualidade de um trabalho decente que deveria ser tida como brado cotidiano de toda regulação do trabalho doméstico.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 1º maio 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 8 jun. 2020.

BRASIL. Lei Complementar no 150, de 1 de junho de 2015. Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico; altera as Leis no 8.212, de 24 de julho de 1991, no 8.213, de 24 de julho de 1991, e no 11.196, de

21 de novembro de 2005; revoga o inciso I do art. 3º da Lei no 8.009, de 29 de março de 1990, o art. 36 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, a Lei no 5.859, de 11 de dezembro de 1972, e o inciso VII do art. 12 da Lei no 9.250, de 26 de dezembro 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2 jun. 2015. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp150.htm>. Acesso em: 8 jun. 2020.

BRASIL. Lei Federal 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 6 fev. 2020. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm>. Acesso em: 8 jun. 2020.

BRASIL. Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 mar. 2020. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm>. Acesso em: 8 jun. 2020.

BRASIL. Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1º abr. 2020. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm>. Acesso em: 8 jun. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia. **Orientações em relação ao Trabalho Doméstico e a COVID-19**, abril de 2020. Disponível em:

< https://enit.trabalho.gov.br/portal/images/PDF/Orientacoes_SIT_-_Domesticos_-_COVID-19_20200416.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2020.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. **Nota Técnica Conjunta**, abril de 2020.

Disponível em:

< <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/nota-tecnica-no-4-coronavirus-1.pdf>>. Acesso em: 8 jun. 2020.

BOMFIM, Helder Freitas do, MACEDO, Yuri Miguel, ORNELLAS, Joaquim Lemos. COVID – 19 NO BRASIL: o que se espera para população subalternizada?.

Revista Encantar: Educação, Cultura e Sociedade, Bahia, 2020.

Disponível

em:

<<http://www.revistas.uneb.br/index.php/encantar/article/view/8189>>. Acesso em: 8 jun. 2020.

FONTOURA, Natália, LIRA, Fernanda, PINHEIRO, Luana, REZENDE, Marcela. *OS desafios do passado no trabalho doméstico do século XXI*: Reflexões para o caso brasileiro a partir dos dados da PNAD Contínua. Brasília, novembro de 2019. Disponível in <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2528.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2020.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua**: indicadores mensais produzidos com informações do trimestre móvel terminado em dezembro de 2019. Rio de Janeiro, 2020. Disponível

in

<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/0649bf9319de9f6b0f3f75e26dbce06d.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2020.

OIT – ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção e recomendação sobre o Trabalho Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos**, 2011 (nº189). Disponível em:

<https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_169517.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2020.

OIT – ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção Nº 189**: quatro pontos para entender a importância da

promoção do trabalho decente para trabalhadoras domésticas em tempos de COVID-19, 27 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_742927/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 8 jun. 2020.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. O estado atual dos princípios do Direito do Trabalho. **Revista Latinoamericana de Derecho Social**, 2005. Disponível em: < <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=429640256013>>. Acesso em: 8 jun. 2020.

SILVA, Marcos Antônio Batista da. População Negra e Coronavírus (COVID-19): algumas notas. **Revista D’Cimarrón**, nº5, Lima, 2020. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10316/89205> >. Acesso em: 8 jun. 2020.

O CONTRATO DE EMPREGADAS DOMÉSTICAS NO BRASIL: REFLEXOS DA HERANÇA HISTÓRICA NA GARANTIA LEGAL E NA NÃO EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

DOMESTIC EMPLOYEES'S CONTRACTS IN BRAZIL: REFLECTIONS OF HISTORICAL HERITAGE IN LEGAL GUARANTEE AND INEFFECTIVENESS OF RIGHTS

Isabelle Fernanda Santos²⁴⁰

Maria Eduarda Souza Porfírio²⁴¹

Jair Aparecido Cardoso²⁴²

RESUMO

A conhecida PEC das Domésticas é uma previsão normativa que marca conquistas na luta da classe de trabalhadores domésticos, pois garantiu a equiparação do trabalho doméstico as demais modalidades de trabalho e o acesso à formalização por meio do contrato de trabalho. Contudo, a demora na elaboração de previsões legais de direitos trabalhistas dessa classe aprofundou a vulnerabilidade de indivíduos já fragilizados por opressões históricas de raça e gênero, que marginalizam principalmente a mulher negra. A partir de uma análise interseccional, o presente artigo traz uma reflexão e revisão histórico-

²⁴⁰ graduanda, bolsista PET, FDRP-USP, isabellefsantos@usp.br

²⁴¹ graduanda, bolsista PET FDRP-USP, maria.porfirio@usp.br

²⁴² Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP-USP). Coordenador de do grupo de pesquisa "Transformação do Direito do Trabalho na sociedade pós-moderna e seus reflexos no mundo do trabalho (GEDTRAB FDRP/USP). E-mail: jaircardoso@usp.br. r

bibliográfica da organização social e normativa do trabalho doméstico. No combate à essas precarizações e violações cotidianas que articulam os marcadores de raça e gênero, as recentes conquistas demonstram a importância do contrato de trabalho doméstico na proteção dos direitos previstos e no acesso à Justiça Social.

Palavra chaves: Trabalho Doméstico; Contrato de Trabalho; Mulheres Negras; Justiça Social

ABSTRACT

The known “PEC das domésticas” is a legal provision that highlights the achievements of rights by Brazilian domestic workers, since it guaranteed equalization between domestic work and other forms of employment. It also guaranteed the access of these workers to formalisation by contract. Although, the delay in elaboration of a legal provision about the rights of this working class intensified the vulnerabilities of individuals that were oppressed by a racist and sexist structure. Thus, the oppression harms mainly black women. From an intersectional point of view, this work proposes a reflection about the presented issues and brings an historical and bibliographic review on social and legal organization of domestic work. The recent achievements show the importance of domestic working contracts in the fight against daily oppressions that articulate race and gender issues, in protection of human rights, and in the access to justice.

Keywords: Domestic Work; Employment Contract; Black Women; Social Justice.

INTRODUÇÃO

O contrato de trabalho é entendido como uma manifestação de vontade de duas partes que acordam sobre um serviço. Historicamente, era visto como uma relação próxima a de compra e venda, na qual o empregado vendia sua mão de obra e o empregador

comprava sua força de trabalho, pagando-lhe com o salário (BEZERRA, 2019, p. 39). Em vista da objetificação contida nessa percepção de vínculo empregatício, atualmente, não é mais aceita essa aproximação. Apesar disso, no Brasil, o que se observa na prática de algumas atividades remuneradas, é a herança histórica dessa percepção que se agrava com a ordem social estruturada no passado escravocrata.

Teoricamente, o contrato de trabalho é entendido como um negócio jurídico especial que cria relações de emprego através da manifestação da vontade de todas as partes (BEZERRA, 2019, p. 233). A partir disso, há um consenso na doutrina de que um indivíduo só será empregado de outrem se assim o desejar. Conseqüentemente, a lei brasileira prevê que é ilícito qualquer tipo de trabalho forçado ou análoga à escravidão.

Nessa lógica, o contrato de trabalho decorre da livre manifestação da vontade e o trabalho é entendido como um direito humano e fundamental (BEZERRA, 2019, p. 240-241), assegurado, inclusive, pela CF/88, art. 6º “*são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.*”. Essa visão, do trabalho como um direito fundamental, é defendida também pelo Direito Internacional do Trabalho.

Amauri Mascaro Nascimento sintetiza afirmando que “o contrato é a fonte que instaura o vínculo (empregatício), mas que pode também determinar alguns dos seus efeitos. A relação de emprego é a relação social e que se transforma em jurídica porque disciplinada pelo direito. A vontade, manifestada de modo escrito, verbal ou meramente tácito, está sempre presente na base de toda relação jurídica entre empregado e empregador.

A Constituição Federal instaura princípios inerentes ao trabalho, tais como a garantia da dignidade humana e o princípio do valor social do trabalho. Esses princípios visam garantir a proteção integral dos direitos das partes de uma relação empregatícia. Por isso, a doutrina clássica entende que constituem parte da “gênese do direito do trabalho”, isto é, o princípio da proteção ou da tutela, cujo objetivo principal é estabelecer a igualdade jurídica entre empregado e empregador, já que há manifesta superioridade econômica deste diante daquele que pode ensejar um cenário de exploração (BEZERRA, 2019, p. 246). A fim de que essas garantias sejam concretizadas, as leis trabalhistas estão previstas no texto legislativo da Consolidação das Leis do Trabalho. A CLT, instituída por meio do Decreto-lei 5.452, de 1º de maio de 1943, apoiada pela legislação complementar e pela Constituição Federal, dispõe sobre as relações de emprego, garantindo a equidade das partes.

Contudo, algumas categorias empregatícias não são abarcadas por esse texto base, o que não significa que não mereçam a mesma atenção e proteção. A exemplo disso, tem-se o trabalho doméstico que passou a ter previsão legal específica apenas após a conhecida “PEC das domésticas” promulgada em 2013 que estabeleceu a “igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais”.

O trabalho doméstico é aquele exercido por cozinheiros, governantas, babás, lavadeiras, faxineiros, motoristas particular, jardineiros, caseiros, acompanhantes de idosos e vigias, por exemplo. É definido pela Lei Complementar 150 de 2015, Art. 1º: Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana, aplica-se o disposto nesta Lei. Assim,

tem-se que o artigo de lei define os requisitos (BEZERRA, 2019, p. 311) para que um trabalhador seja considerado empregado doméstico.

Dentre esses requisitos, encontra-se a questão da continuidade, ou seja, a não interrupção no tempo de prestação de serviço (VILA, 2015, p. 5). Essa característica resulta em uma distinção entre as trabalhadoras domésticas. De um lado tem-se as mensalistas, trabalhadoras que prestam serviço continuado de três dias ou mais por semana. A legislação prevê a obrigatoriedade de registro de carteira de trabalho. Do outro lado, as diaristas prestam serviços autônomos e sem uma continuidade, o que resulta na não necessidade de registro, segundo o texto legal. Nesses casos, o serviço deve ser acordado previamente e é uma opção do empregador celebrar ou não o contrato de trabalho. Efetivando o vínculo empregatício, a trabalhadora se torna empregada doméstica. A formalização do trabalho doméstico resulta em uma maior garantia de direitos e uma maior proteção do indivíduo no âmbito da relação jurídica. Contudo, no Brasil, a maior parte das diaristas não conta com a celebração do contrato de trabalho doméstico. Esse dado fático evidencia a desigualdade de influência das partes no acordo trabalhista, uma vez que não há, na maioria dos casos, o interesse do empregador em fazê-lo, ao mesmo tempo que a trabalhadora doméstica não consegue reivindicar a formalização (GIRARD-NUNES, SILVA, 2013, p. 599).

Segundo dados apresentados pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), no ano de 2016 existiam no Brasil 6,158 milhões de trabalhadoras(es) domésticos(as) dos quais 92% eram do gênero feminino, ultrapassando o percentual de empregadas domésticas no mundo (80%), na América Latina e Caribe (88%). Além disso, o levantamento afirma que no ano de 2015, 71% dos(as) domésticos(as) eram negros(as). Contudo, vale destacar que embora todos os avanços normativos nacionais e internacionais e da garantia

da proteção dos direitos dessas(es) trabalhadoras(es), na conjuntura atual do país é evidente a existência de uma dicotomia estrutural entre a lei e a sua aplicação que reflete a manutenção de ideais discriminatórios de uma sociedade racista e patriarcal.

Atualmente as(os) trabalhadoras(es) domésticas(os) estão submetidas(os) a condições precárias de trabalho, má remuneração, e muitas vezes ficam sujeitos a situações abusivas, sejam com relação a sua força de trabalho, nas quais muitos prestam serviço em ambientes em situações análogas a escravidão, como também abusos físicos, mentais, sexuais, e de restrições de liberdade. Sendo que são as mulheres negras, as maiores vítimas de tais precarizações.

Diante disso, o presente artigo, busca refletir sobre como as opressões de gênero e raça operam conjuntamente e afetam a relação entre a previsão legal e a efetivação dos direitos estabelecidos no contrato de trabalho das empregadas domésticas. A partir de uma abordagem interseccional, contando com a revisão bibliográfica de autoras feministas negras e utilizando revisionismo histórico e análise normativa para entender o contrato como um instrumento para atingir o princípio constitucional da equidade.

1 O ESTABELECIMENTO NORMATIVO DO CONTRATO DE TRABALHO DOMÉSTICO E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EQUIDADE

Até recentemente, os trabalhadores domésticos não contavam com uma regulação trabalhista que protegia seus direitos. Apesar de a Constituição prever a proibição de trabalhos forçados ou análogos a escravidão e assegurar que o trabalho, como direito fundamental que deve garantir a dignidade humana, a ausência de um aparato legal dificultava tanto a fiscalização das condições trabalhistas de

empregadas domésticas, quanto a concretização, dentro dessas condições da equidade prevista pelo texto constitucional.

O princípio da equidade é um princípio constitucional que deve ser considerado em todas as relações empregatícias. Tendo em vista que, a desigualdade entre as partes, praticamente inviabiliza que a empregada doméstica exija do empregador condições e cláusulas específicas no acordo do vínculo empregatício, esse impõe disposições que o beneficie (GIRARD-NUNES, SILVA, 2013, p. 597).

Além disso, a grande lacuna no direito trabalhista a respeito de uma regulação das condições trabalhistas de empregadas domésticas, que persistiu durante anos, acarreta em uma descrença no aparato estatal na busca pela garantia de seus direitos, mesmo havendo agora uma norma específica. Nessa lógica, se torna indispensável um mecanismo que regule as relações de emprego doméstico para viabilizar um acordo justo, com participação igual das partes e proteção dos direitos da mais vulnerável (GIRARD-NUNES, SILVA, 2013, p. 598). Por isso, o contrato de trabalho doméstico pode ser considerado o instrumento que propicia uma aproximação da efetivação da equidade constitucional na prática desse negócio jurídico.

Para que o contrato de trabalho consiga aproximar a relação empregatícia no trabalho doméstico de uma prática de equidade, afirmar a igualdade das partes, simplesmente, não é o suficiente. O que se observa atualmente é um constante dilema entre as garantias legais e um contexto marcado pela precarização de direitos das empregadas domésticas. Por isso, duas naturezas de práticas pela luta de igualdade se fazem necessárias.

De um lado, a elaboração de contratos de trabalho doméstico deve considerar certos princípios que regulam o direito do trabalho,

tais como o princípio da fonte normativa mais favorável ao trabalhador, princípio da proibição de discriminação, princípio da proteção do ambiente de trabalho, de proteção ao mercado de trabalho da mulher e princípio das garantias mínimas ao trabalhador (BEZERRA, 2019, p. 128-130), ou seja, princípios que afirmam ativamente a equidade.

Por outro lado, é indispensável, a atuação do aparato estatal na iniciativa de políticas públicas de proteção aos direitos das empregadas domésticas e de iniciativas de viabilização do acesso à ordem legal ²⁴³, a fim de evitar que, no ato de formalização do contrato, injustiças sociais sejam aceitas (GIRARD-NUNES, SILVA, 2013, p. 596).

Essa equidade, prevista pela Constituição Federal, é fator regente não apenas do direito nacional, mas é também base da organização do direito internacional. No Direito do Trabalho, deve-se considerar que as partes de uma relação empregatícia, apesar de iguais juridicamente, na prática social, têm uma relação marcada por desigualdades que configuram uma hierarquização e uma dominação em que se observa uma constante e histórica tendência do empregador impor condições de abuso de poder ao empregado, aprofundando e perpetuando essas desigualdades. Essas condições de dominação são facilmente percebidas no vínculo empregatício entre empregadas domésticas e seus “patrões”.

Heranças históricas, sociais e culturais que estruturam e organizam a sociedade brasileira são refletidas no trabalho domésticos, articulando opressões de raça e gênero para vulnerabilizar

²⁴³ IPEA, *Vulnerabilidade das trabalhadoras domésticas no contexto da pandemia de Covid-19 no Brasil*, 2020, p. 8.

e marginalizar a parte mais frágil da relação jurídica, ou seja a mulher negra.

Até 2013, a classe das empregadas domésticas contava com amparo judicial quase nulo. O trabalho doméstico não estava previsto como uma das modalidades protegidas e reguladas pela CLT e nos poucos casos de formalização do trabalho, todo o contrato era redigido com base no acordo entre o empregado e o empregador, o que instaurava disposições que favoreciam a esse (GIRARD-NUNES, SILVA, 2013, p. 600) e consolidava uma relação hierárquica entre as partes.

Considerando que o trabalho doméstico pode ser definido como aquele desempenhado por uma pessoa no âmbito doméstico que não seja o de sua unidade familiar (BEZERRA, 2019, p. 310), para a concretização do vínculo empregatício é necessário não só a manifestação da vontade, mas também a proteção da parte mais vulnerável a fim de garantir a equidade.

A proteção dessa classe é portanto, ainda muito recente. A PEC 66/ 2012 ficou popularmente conhecida como “PEC das domésticas” e é considerada um marco na luta dessa classe trabalhadora uma vez que determinou a equiparação das relações de trabalho doméstico a outras relações de trabalho e, principalmente, passou a garantir a essa classe os mesmos direitos.

Com a Emenda Constitucional, os trabalhadores domésticos conquistaram a jornada de trabalho de 8 horas dia e 44 horas semanais, o direito a horas extra e, nos casos de emprego formal, todos os direitos assegurados por lei, como salário maternidade, auxílio doença, idade e tempo de contribuição, aposentadoria por invalidez e auxílio por acidente de trabalho. Sendo assim, a Emenda Constitucional, que passou a vigorar em 2013, abriu portas a outros avanços nessa luta.

A exemplo disso, foi promulgação da Lei Complementar 150 em 2015, que dispõe sobre os direitos trabalhistas dos empregados domésticos. A respeito do contrato de trabalho, a lei reproduz a equiparação determinada pela PEC 66 ao considerar que esse pode assumir a mesma forma do contrato do trabalhador urbano comum. Dessa forma, é um negócio jurídico, tácito ou expresso, por tempo indeterminado, via de regra, podendo ser por tempo determinado em casos excepcionais, que estabelece um conjunto de direitos e deveres para o trabalhador doméstico e para o empregador doméstico (BEZERRA, 2019, p. 316). Contudo, visando garantir a proteção do empregado e defender a equidade, a lei dispõe que algumas condições do contrato devem ser firmadas por escrito.

Além disso, em 2011, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) realizou a Conferência sobre o Trabalho Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos (nº 189), a fim de estabelecer instrumentos internacionais de proteção aos empregados domésticos.

Reconhecendo as desigualdades perpetradas nessa relação empregatícia, a OIT realizou a discussão das discriminações de gênero e raça, bem como das violações aos direitos humanos e aos direitos fundamentais, envolvidos na prática mundial desse serviço, buscando promover uma proteção mais efetiva aos direitos. Para isso, elaborou uma convenção e uma recomendação que foram ratificados pelo Brasil apenas em 2018.

A preocupação com a proteção de empregados domésticos dialoga diretamente com outro instrumento internacional ratificado pelo Brasil, o Pacto de São José da Costa Rica. Conhecido também como Convenção Interamericana de Direitos Humanos, esse instrumento é a reinvenção ao marco protetivo dos direitos humanos que no plano nacional representa uma renovação normativa na

proteção dos direitos fundamentais. Dessa forma, no âmbito teórico, tem-se não apenas a reafirmação do direito ao trabalho, mas também a proteção de sua atividade digna e livre de qualquer discriminação de classe, gênero e raça.

A PEC das Domésticas, a ratificação da Convenção 189 e a Lei Complementar regulamentando o trabalho doméstico, representam marcos na luta pelos direitos das mulheres da classe de trabalhadoras domésticas do Brasil, viabilizando, inclusive uma aproximação da equidade.

Apesar disso, a maior parte das empregadas domésticas no Brasil ainda não são registradas. Por se tratarem de conquistas recentes e- considerando uma análise crítica e interseccional da prática- até mesmo frágeis, apesar de garantirem direitos, uma vez que questões estruturais de poder e cultura inviabilizam a proteção social e afastam a proteção Estatal, a vulnerabilidade da categoria se torna uma marca permanente²⁴⁴ e, conseqüentemente, esses direitos precisam ser constantemente reafirmados. Tendo em consideração as desigualdades que marcam historicamente as relação trabalhista de empregadas domésticas com seus empregadores, as quais são caracterizadas por opressão que articulam raça e gênero, a OIT reconhece, como máxima que deve guiar o Direito do Trabalho, a busca pela garantia da Justiça Social (BEZERRA, 2019, p. 47).

A Justiça Social, para ser atingida, depende de uma dupla atuação. Da mesma forma que o Estado precisa atuar de forma garantidora, é indispensável a organização das empregadas doméstica no combate às precarizações.

²⁴⁴ IPEA, Vulnerabilidade das trabalhadoras domésticas no contexto da pandemia de Covid-19 no Brasil, 2020, p. 7-8.

O que se constata nesses avanços legislativos é que eles representam conquistas, mas muitas vezes se limitam a um caráter político que não garante a representação da luta da classe que deveria ser representada (GIRARD-NUNES, SILVA, 2013, p. 601).

Nessa lógica, a elaboração da LC 150, contou com a participação direta e indireta de sindicatos das trabalhadoras domésticas, de representantes da luta, do movimento feminista negro e de ONGs como a Instituto Doméstica Legal, que participaram tanto ativamente da elaboração do texto legal, quanto na fiscalização da sua aplicação atualmente. Essa atuação por parte das mulheres negras empregadas domésticas, viabiliza a reivindicação da efetivação do conteúdo teórico normativo e destaca o protagonismo dessas mulheres como agentes de resistência e de transformação social²⁴⁵.

2 HERANÇAS HISTÓRICAS DO TRABALHO DOMÉSTICO NO BRASIL E A SUA REPRODUÇÃO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTA DAS EMPREGADAS DOMÉSTICAS

O Direito do Trabalho, enquanto responsável pela tutela e regulação das relações de trabalho, tem por função proteger o trabalhador devido a hipossuficiência deste na relação com patrão. E, por compreender o trabalho como uma forma de exaltação da condição humana, deve possibilitar o acesso à cidadania e dignifica o homem. Todavia, tais valores defendidos como fundamentais pelo direito do trabalho para um integração social não condiz com a práxis das relações de trabalho atuais, especialmente no que diz respeito ao trabalho doméstico.

²⁴⁵ Op. cit. (nota 4), p. 9.

Devido a manutenção de um aparato ideológico escravista e colonial, o trabalho doméstico é moldado não como uma forma que alcançar a liberdade mas sim uma forma de perpetuação da dinâmica racial estabelecida no pós abolição que se sustenta na opressão e na desumanização de mulheres negras (LOPES,2017, p. 20).

Nesse sentido, para se entender as dinâmicas que envolvem o trabalho doméstico e a efetividade dos direito previsto no ordenamento jurídico atual, é preciso refletir sobre como a herança histórico-cultural do Brasil é composta por diferentes tipos de relações de opressão e privilégio que se estruturam em diversos marcadores, tais como raça, gênero e classe, empregados como forma de poder e dominação (CARNEIRO, 2019, p. 119).

Essa estrutura, reproduzida pelas instituições sociais, inclusive pelo próprio direito do trabalho, promove uma banalização das situações de opressão, conservando violações cotidianas de direitos com o objetivo de manter o status quo. Sendo assim necessário reconhecer o impacto determinante que a escravidão desempenhou na organização do mercado de trabalho atual (LOPES,2017, p. 22).

O sistema escravista, compreendia o escravo como uma coisa, completamente desumanizada, que reservava para a negra(o) as tarefas e funções que o branco descartava ou desprezava, e para a sua re-humanização era necessário a rebeldia e a negação de sua condição como escravo (MOURA,1983, p. 127).

Nos anos de 1800, o sistema produtivo do Brasil colônia vai sendo modificado, do trabalho escravo para o trabalho livre. Contudo tal mudança exclui a força de trabalho da população negra, por meios legais, como a Lei da Abolição de 1888 que o ocorre sem elaboração de nenhuma medida de apoio aos escravizados recém libertos, e pelo estímulo à imigração, que consolida o ideal racista de processo do país por meio do branqueamento (THEODORO, 2008, p.15).

Dessa forma, a abolição sem o devido apoio institucional e legal resultou na exclusão social, territorial e também econômica da mão de obra negra, que mesmo livre não tiveram acesso a terra nem a oportunidade de trabalho assalariado senão na prestação de serviços domésticos e na agricultura de subsistência (THEODORO, 2008, p. 26).

Tais acontecimento são refletidos atualmente no reconhecimento tardio dos direitos da empregadas domésticas, que são em sua maioria mulheres negras, equiparando as garantias das empregadas domésticas aos demais trabalhadores, urbanos e rurais, como também são reproduzidos na dificuldade para a efetivação desses direitos estabelecidos no âmbito nacional e internacional.

Em entrevista para o programa Conexões, da Rádio UFMG Educativa o professor do Departamento de Ciência Política da Fafich, Cristiano Rodrigues afirmou que com o fim da escravidão, feito sem políticas de inserção, a população negra ficou restrita ao trabalho doméstico, principalmente as mulheres, e a atividades informais. Entre as razões que explicam tal situação está a desvalorização econômica e social das ocupações relacionadas às tarefas de manutenção da casa. Segundo o professor a lacuna de 70 anos entre a CLT e aprovação da PEC das domésticas e da Lei Complementar 150 ressalta a desvalorização do tema, inclusive pelo próprio sistema judiciário brasileiro de fornecer para essas trabalhadoras condições dignas e humanas de trabalho²⁴⁶.

Essa omissão do Estado brasileiro de legislar sobre o trabalho domésticos e a não efetivação desses direitos após positivados, evidencia um descompasso, pautado em marcadores de gênero e raça

²⁴⁶ “Trabalho doméstico no Brasil é herança escravocrata”, diz professor da UFMG, 2020 < <https://ufmg.br/comunicacao/noticias/trabalho-domestico-no-brasil-e-heranca-do-periodo-escravocrata-diz-professor-da-ufmg>>.

e pela permanência de ideias coloniais. Há com isso, uma dificuldade em se reconhecer o trabalho doméstico de maneira equitativa de direitos com os demais trabalhos (urbanos e rurais) e de fornecer condições dignas e humanas para que empregadas domésticas negras possam trabalhar livre da discriminação e da inferiorização não só da sua força de trabalho, mas também da sua vida.

A escravidão permeou todos os níveis, valores e contra-valores da sociedade brasileira, sendo um período histórico importante para entender e estabelecer práticas sociais (MOURA,1983, p. 126). Porquanto, embora a escravidão tenha sido proibida, os valores coloniais racista por detrás dela continuam operando e estruturando a sociedade brasileira atual.

Isso é refletido no caso de Arlinda Pinheiro de Souza Santos que foi condenada na Justiça do Trabalho em Santo Antônio de Jesus, Recôncavo da Bahia pelo Ministério Público do Trabalho por manter sua empregada domestica trabalhando por 35 anos em condições análogas à escravidão e sem remuneração. Tal caso não é um fato isolado, nos últimos anos mais de mil trabalhadores foram retirados de situações de trabalho semelhantes a de um escravo no país²⁴⁷.

Segundo dados divulgados pela OIT em 2018, no Brasil, mais de 6 milhões de pessoas ocupadas no trabalho doméstico. Em complemento a essa pesquisa, a Ipea realizou em 2019 um levantamento de dados em que, desse total, 5,7 milhões eram mulheres (aproximadamente 92% do total) e 3,9 milhões eram mulheres negras. Os dados demonstram a desigualdade de gênero e raça no trabalho doméstico brasileiro. Em outros estudos do Ipea, a desigualdade de classe é também explicitada pelos dados, a exemplo disso, a renda

²⁴⁷ *Doméstica é mantida em trabalho análogo à escravidão por 35 anos na Bahia*, 2020. <<https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/domestica-e-mantida-em-trabalho-analogo-a-escravidao-por-35-anos-na-bahia/>>

mensal das trabalhadoras, no ano de 2015, era de R\$739,50, sendo que mulheres brancas ganhavam R\$824,40, enquanto o rendimento mensal de mulheres negras era de R\$694,10.

Além disso, a desigualdade de classe entre mulheres brancas e negras fica ainda mais explícita quando considerada a proporção de trabalhadoras domésticas que são chefes de família e que se encontram em situação de pobreza, definida com base no programa Brasil sem miséria. No ano de 2015, o total de empregadas domésticas nessa situação era de 44,7%, desse valor, o total de mulheres brancas correspondia a 43%, enquanto a quantidade de mulheres negras era de 45,6%²⁴⁸.

Ao analisar o exemplo e os dados supracitados é possível identificar a existência de discriminações entrelaçadas entre si, ou seja, uma interseção de opressões de gênero, raça e classe (CRENSHAW, 2002, p. 174). Para Kimberlé Crenshaw em seu conceito de interseccionalidade, a experiência de mulheres negras é marcada pela interação entre a discriminação racial e o machismo que não se sobrepõe mas acontece conjuntamente.

O passado colonial, o pensamento racista em conjunto com a concepção machista da vinculação da imagem do gênero feminino como naturalmente apta para a realização dos trabalhos doméstico fundamentam a desigualdade social e racial, assim como a inferiorização da mulher negra, sendo esta submetida condições desumanas de trabalho, má remuneração e a pobreza. Assim, a herança social e cultural do racismo estrutural que se manifesta no cotidiano, e também na escolha sobre quais matérias o legislativo irá formular leis, juntamente com o patriarcado presente na sociedade

²⁴⁸ IBGE, *Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, 2014-2015.*

brasileira se manifestam como elementos que dificultam a efetivação dos direitos garantidos pelo contrato de trabalho doméstico.

CONCLUSÃO

A partir de uma revisão bibliográfica a respeito da evolução normativa dos direitos das empregadas domésticas e guiada pela análise interseccional das previsões teóricas e da prática social, nota-se que a estrutura do trabalho doméstico brasileiro é marcada por limites na efetivação dos direitos, principalmente daqueles contidos nos contratos de trabalho, em decorrência das opressões de gênero e raça.

As heranças culturais dificultam ou até inviabilizam a formalização do trabalho doméstico. Nos casos em que é positivado, os direitos nele contido, nem sempre acompanham essa efetivação. Isso é reproduzido, inclusive, na mora do legislativo na previsão dos direitos trabalhistas de empregados domésticos.

Isso acontece devido a permanência de valores machistas, coloniais, e associados a escravidão que estruturaram a organização e manutenção de uma ordem social patriarcal e racista que se reproduz nas relações cotidianas, incluindo as relações jurídicas e de trabalho. Nesse sentido, torna-se necessário o reconhecimento desses marcadores para a atuação Estatal, tanto na formação de políticas públicas quando para a garantia da efetivação dos direitos.

Considerando o papel desempenhado pelo contrato de trabalho na equiparação das partes, esse seria instrumento indispensável para essa atuação, pois dialoga com a norma constitucional e com os princípios do direito internacional do trabalho que garantem o trabalho como um direito humano fundamental e busca atingir a justiça social. A atuação estatal de buscar aproximar a prática das relações de

trabalho doméstico do princípio constitucional da equidade e de um direito antidiscriminatório, que busque resolver as desigualdades sociais ou invés de aprofundá-las.

REFERÊNCIAS

BEZERRA, Henrique. **Curso de Direito do Trabalho**. Saraiva Educação, São Paulo, 11 ed., 2019.

BRASIL. **Consolidação das Leis do trabalho**. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 17 jun. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 jun. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar nº 150**, de 1ª de junho de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp150.htm. Acesso em: 17 jun. 2020.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 66**, de 2012. Revoga o parágrafo único do art. 7º. da Constituição Federal, para estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre os empregados domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais. Brasília, 2 abr. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc72.htm. Acesso em: 17 jun. 2020.

CARNEIRO, Sueli. **Mulheres em movimento**. Estudos Avançados , São Paulo, ano 17, ed. 49, 30 out. 2019.

CRENSHAW, Kimberlé. **Documento para o Encontro de especialistas em Aspectos da Discriminação Racial Relativos a Gênero**. University of California, 2002.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito Fundamental ao Trabalho Digno**. 2. ed. São Paulo: Editora LTr, 2015.

DOMÉSTICA é mantida em trabalho análogo à escravidão por 35 anos na Bahia: Empregadora foi condenada a pagar indenização de R\$ 170 mil. Correio, [S. l.], p. 1, 11 jun. 2020. Disponível em: <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/domestica-e-mantida-em-trabalho-analogo-a-escravidao-por-35-anos-na-bahia/>. Acesso em: 11 jun. 2020.

GIRARD-NUNES, Christiane; SILVA, Pedro Henrique Isaac. **Entre o prescrito e o real: o papel da subjetividade na efetivação dos direitos das empregadas domésticas no Brasil**. Sociedade e Estado, [s. l.], v. 28, ed. 3, 2013.

IBGE- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios**, Brasil, 2014-2015.

IPEA- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Nota Técnica. **Vulnerabilidade das trabalhadoras domésticas no contexto da pandemia de Covid-19 no Brasil**, Brasil, n. 75, Junho 2020. LEITE, Carlos .

LOPES, Juliana Araújo. **Mulheres negras moldando o Direito Constitucional do Trabalho brasileiro: a doméstica, o feminismo**

negro e o Estado Democrático de Direito. 2017. 118 f., il. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

MOURA, Clóvis. **Escravidão, Colonialismo, Imperialismo e Racismo.** Afro-Ásia, [S. l.], p. 124-137, 18 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção sobre o Trabalho Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos** (100ª Conferência Internacional do Trabalho- CIT). Genebra: OIT, 2003.

THEODORO, Mário. **A Formação do Mercado de Trabalho e a Questão Racial no Brasil:** as políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil 120 anos após a abolição. Brasília, ed. 1, p. 15-45, 18 jun. 2020.

TRABALHO doméstico no Brasil é herança escravocrata: diz professor da UFMG. Universidade Federal de Minas Gerais, [S. l.], p. 1, 12 jun. 2020. Disponível em: <https://ufmg.br/comunicacao/noticias/trabalho-domestico-no-brasil-e-heranca-do-periodo-escravocrata-diz-professor-da-ufmg>. Acesso em: 12 jun. 2020.

VILA, Cristina Aparecida Vieira. **A diarista doméstica e o problema do vínculo empregatício:** continuidade e não eventualidade, [s. l.], 2015.

O TRABALHO INVISÍVEL DE CUIDADO E SUA RELAÇÃO COM O TRABALHO ASSALARIADO DA MULHER EM TEMPOS DE PANDEMIA.

WOMEN'S INVISIBLE WORK AND ITS RELATIONSHIP WITH WOMEN'S WAGE WORK IN PANDEMIC TIMES.

*Gabriele Ferreira Beirigo*²⁴⁹

*Jair Aparecido Cardoso*²⁵⁰

RESUMO

A pandemia que assola o país e o mundo, ocasionada pelo vírus Sars-Cov-2, que causa a doença conhecida como coronavírus, pegou o mundo de surpresa, estabelecendo um estado de excepcionalidade sendo necessário a adoção de medidas legais para se regular as relações jurídicas, abordando-se no presente trabalho principalmente as relações jus trabalhistas da mulher, especificamente o trabalho remoto e como o trabalho doméstico e de cuidado o afeta e vice versa. Através da metodologia bibliográfica e método hipotético-dedutivo, o presente artigo busca analisar como a divisão do trabalho, quanto ao gênero que influencia diretamente a organização e a divisão do trabalho reprodutivo e produtivo, produzem reflexos

²⁴⁹ Pós-Graduanda em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto USP. E-mail: Beirigo.gb@gmail.com.

²⁵⁰ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP-USP). Coordenador de do grupo de pesquisa "Transformação do Direito do Trabalho na sociedade pós-moderna e seus reflexos no mundo do trabalho (GEDTRAB FDRP/USP). E-mail: jaircardoso@usp.br.

diretos na sobrecarga do trabalho da mulher, inseridos no contexto da pandemia ocasionada pelo COVID-19, abordando o trabalho remoto e sua inserção no acúmulo do trabalho remunerado da mulher com os trabalhos doméstico e de cuidado.

Palavras-chave: COVID-19, Trabalho remoto, Trabalhos domésticos, Trabalhos de Cuidado, Trabalho da Mulher, Sobrecarga.

ABSTRACT

The pandemic that afflicts the country and the world, caused by the Sars-Cov-2 virus, which causes the disease known as coronavirus, took the world by surprise, establishing a state of exceptionality made it necessary to adopt legal measures to regulate legal relations, in this context of "new normality", addressing in the present work mainly the fair labor relations of women, specifically remote work and how domestic and care work affects it and vice versa. Through the bibliographic methodology and hypothetical-deductive method, this article seeks to analyze how the division of labor, in terms of gender that directly influences the organization and the division of reproductive and productive labor, produce direct reflections on the overload of women's work, inserted in the context of the pandemic caused by COVID-19, addressing remote work and its insertion in the accumulation of paid work for women with domestic and care work.

Keywords: COVID-19, remote work, domestic work, care work, women's work, overload.

INTRODUÇÃO

Nos noticiários e nas conversas informais, o assunto que mais se trata atualmente é o coronavírus. A doença permeou as relações interpessoais e alterou grandemente relações as mais

variadas relações jurídicas e trouxe curiosas e importantes elaborações legais. A excepcionalidade é evidente e necessária de discussão. O mundo do trabalho um dos cenários mais afetados pela pandemia, considerando que sem cura científica comprovada para a doença de alto contágio e infecção, em velocidade impar, o único método de prevenção comprovado o é isolamento social, o que impôs em certa medida a paralisação de atividades econômicas, sendo necessária e indispensável a manutenção da saúde pública. Mas o mundo do trabalho, já desigual antes pandemia, afetado pelo isolamento social impositivo, mais desigual se apresenta, como então tal excepcionalidade afeta o trabalho da mulher, principalmente naquilo que toca o já quase impossível equilíbrio entre o trabalho assalariado e os trabalhos doméstico e de cuidado?

Busca-se através deste trabalho refletir a divisão sexual do trabalho, questionar a participação majoritária praticamente exclusiva das mulheres ao trabalho doméstico e de cuidado e como a primeira afirmação influencia a inflexão apresentada, nesta ordem. Apontando como a pandemia e o isolamento social, com a diminuição dos aparatos de assistência, aumento de atividades preventivas ao cuidado de crianças, idosos e adultos ao contágio da doença COVID-19 escancaram ainda mais as diferenças nas atribuições dos trabalhos de cuidado e doméstico afetos a questão de gênero. Para tanto, o trabalho se apresenta em quatro blocos. O primeiro brevemente menciona o contexto histórico atual e da doença coronavírus, pincela alguns marcos legais adotados nessa situação de excepcionalidade e o trabalho remoto; o segundo, de forma não exaustiva aborda divisão sexual do trabalho, em linhas gerais procura apresentar o trabalho de cuidado e doméstico, e suas implicações no trabalho remunerado da mulher, o terceiro bloco apresenta os reflexos da pandemia no trabalho remunerado e não

remunerado da mulher em números para buscar dimensionar os seus efeitos e conclui.

1 O COVID-19 E O MODELO DE TRABALHO REMOTO

Pandemia, palavra de origem grega²⁵¹, refere-se a uma doença contagiosa, infecciosa que se alastra em velocidade ímpar atingindo regiões inteiras, países e continentes.

Sars-Cov-2²⁵² é o nome do vírus, que causa a doença conhecida por COVID-19 e a pandemia que nos assola atualmente; tendo seus primeiros registros na cidade provinciana de Wuhan, China, não demorou para que ultrapassasse suas fronteiras e agora atinge o globo em sua quase totalidade, o que se atribui a sua potente capacidade de em um curtíssimo lapso temporal; contagiar.

Na data de 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS), enuncia que o surto da doença COVID-19, é Emergência de Saúde Pública a nível internacional, sendo declarada como pandemia em 11 de março de 2020.

Cabe ressaltar que, a pandemia se agrava pela ausência – até o momento presente – de medicamentos ou vacinas que de maneira comprovada elida os efeitos do vírus ou impeça o seu contágio.

Com essa consideração a recomendação básica da OMS²⁵³

²⁵¹ Etimologia grega: “pandēmía,as” 'o povo inteiro'

²⁵² Vírus causador da doença COVID-19, seus sintomas podem variar entre uma síndrome gripal-SG, a um resfriado até a uma severa pneumonia.

²⁵³ As recomendações da Organização Mundial da Saúde (OMS) encontram-se, atualizadas, com link nas referencias, sendo elas: a. Lavar as mãos regularmente com água e sabão ou limpe-as com álcool; b. Manter pelo menos 1 metro de distância entre você e as pessoas que tosem ou espirram; c. Evitar tocar o próprio rosto; d. Cubrir a boca e o nariz ao tossir ou espirrar; e. Permanecer em casa presente mal estar; f. Evitar fumar e demais atividades que enfraquecem os pulmões; g.

em vistas a prevenção do contágio consiste no distanciamento social, o que motivou, conforme o avanço da pandemia, que Estados Nacionais através de seus governos passem a impelir seus povos a permanecerem dentro de suas residências em quarentena, em isolamento e distanciamento social, mantendo apenas o funcionamento de atividades essenciais.

Não demorou muito para que, no Brasil tais medidas fossem igualmente adotadas posto que não se furtou nosso país a se submeter a tão temida pandemia.

O momento excepcional, exigiu do nosso Governo que adotasse medidas legais igualmente excepcionais para regular a “nova normalidade”. O artigo 65, da Lei Complementar nº 101/2000, regulamenta a ocorrência de calamidade pública, reconhecida no Brasil através do Decreto Legislativo de nº 68, editado em 20 de março de 2020. Além da formalização do Estado de Calamidade Pública, outras medidas legais foram necessárias para regular e reduzir a força dos impactos da pandemia ocasionada pelo COVID-19.

No âmbito jus trabalhista, os parâmetros imprescindíveis ao enfrentamento das implicações econômicas fomentadas pelo Estado de Calamidade Pública, foram delineadas em um primeiro momento, pela Medida Provisória 927/2020, já com vigência revogada (em 19 de julho de 2020), entre tais medidas, o teletrabalho, além de prever regras que permitem flexibilizar tal modalidade de trabalho.

O teletrabalho, trabalho remoto e *Home Office*, não são estranhas as relações de trabalho no cenário nacional, tangível desde anteriormente a sua regulação mediante da Lei 13.467/17, no

entanto, antes visto a segundo plano, agora tem se mostrado como modalidade de trabalho indispensável, mediada pelas novas tecnologias.

O teletrabalho é uma resposta as intenções do mercado de não se paralisar o mercado, reduzir o impacto da redução das atividades empresariais assim como as manter e por conseguinte, manter os empregos, inclusive o teletrabalho for a alçado como principal medida de enfrentamento a demissões e dispensa de trabalhadores, pela Nota Técnica nº 6, editada pelo Ministério Público do Trabalho, em 22 de março de 2020.

Por sua vez, é de conhecimento geral que o teletrabalho, apesar de ser a melhor resposta para o mercado liberal, quando retirado do plano das ideias, não se adequa a todas as realidades que permeiam as relações de trabalho brasileiras.

Há de se colocar na conta, acesso à tecnologia, o conhecimento técnico necessário para o uso das plataformas digitais, sem se ignorar que uma vez trasposto o limite entre o doméstico (privado) e o trabalho (público), pois o teletrabalho é realizado em regra no âmbito residencial dos trabalhadores acresce-se as responsabilidades do lar.

Nessa equação, portanto, impossível se ignorar as dimensões que universo doméstico abriga; aliás essenciais e propulsionadoras do trabalho assalariado, tais, as responsabilidades familiares e o trabalho de cuidado.

2 O VALOR DO TRABALHO DA MULHER E OS TRABALHOS DOMÉSTICO E DE CUIDADO NA PANDEMIA.

Historicamente, o tempo de trabalho contabilizado, ou

valorado socialmente é aquele voltado a produção de riqueza, e se enxerga riqueza somente onde se há dinheiro. Despreza, dessa forma, grande parcela das atividades humanas cotidianas.

Essa convenção, elaborada em um sistema racista e patriarcal ignora boa parte da atividade produtiva humana, fruto da divisão sexual do trabalho, historicamente estruturado em uma divisão dicotômica das esferas públicas e privadas, sendo a primeira produtiva idealizada no homem trabalhador e provedor do lar e por isso alheio a ele, e a segunda doméstica ponderada na mulher cuidadora dos filhos e das responsabilidades do lar.

O cuidado com crianças e idosos e o trato com o lar, realizado majoritariamente por mulheres, não é entendido como trabalho, pois não produzem de maneira direta valor monetário. No entanto, estas atividades são indispensáveis e propulsionadoras do trabalho remunerado, uma vez que suprem deficiências de infraestrutura, políticas públicas e serviços estatais. Ao elaborar o método que calcula a riqueza nacional dos Estados, denominado Produto Interno Bruto, James Meade²⁵⁴ e Richard Stone²⁵⁵, ainda que alertados por Phyllis Deane²⁵⁶, não consideraram o trabalho doméstico não-remunerado desempenhado pela mulher em sua formula, e desde a gênese de mencionado indicador, não é considerado nos índices, tornando-se um trabalho invisível.

²⁵⁴ James Edward Meade, foi um economista britânico, ganhador do prêmio nobel de 1977, denominado “*Nobel Prize in Economic Sciences*”, e um dos elaboradores do cálculo que analisa e determina o Produto Interno Bruto das nações.

²⁵⁵ John Richard Nicholas Stone, foi um economista britânico, ganhador do premio nobel de 1984, denominado, “*Nobel Prize in Economic Sciences*”, e um dos elaboradores do cálculo que analisa e determina o Produto Interno Bruto das nações.

²⁵⁶ Phyllis Mary Deane, foi uma economista britânica, presidente da “*Royal Economic Society*” entre os periodos de 1980 e 1982.

<https://outraspalavras.net/desigualdades-mundo/pib-assim-se-oculta-o-trabalho-feminino/>

Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU) Mulheres, o trabalho doméstico invisível das mulheres contribui em números que vão de 10% a 39% do PIB dos países.

Força de trabalho depende simbioticamente do trabalho doméstico. Sendo atribuído historicamente e socialmente a mulher a responsabilidade última pelo trabalho doméstico, sendo prioritário ainda que perante o trabalho remunerado. Outra marca do trabalho doméstico é que é atribuído a mulher, seja na forma gratuita ou assalariada, sob os moldes de emprego, muitas vezes informais e precários sem qualquer assistência previdenciária e trabalhista.

Antes mesmo a pandemia, ainda que as mulheres ocupem tanto os espaços de trabalho remunerado com os homens, os trabalhos domésticos em regra, estavam a cargo de mulheres e meninas. Isso é o que revela os números obtidos pelo estudo “*Outras Formas de Trabalho*” realizado em 2019 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) inserto na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio Contínua (PNAD); enquanto as mulheres ocupadas (em trabalhos remunerados) empregam 18,5 horas semanais em tarefas domésticas e cuidado com crianças e idosos, sendo a média de horas para mulheres não ocupadas, em 24,0 horas por semana, a média de horas dedicadas pelos homens é inferior, ficando na média de 10,4 horas por semana para os homens ocupados e 12,1 horas semanais para os homens não ocupados.

A concepção feminista materialista, desmantela a definição etimológica do trabalho passando a percebê-lo como, “produção do viver em sociedade”, como uma prática política transformadora (KERGOAT, 2016:18). Assim a cisão dicotômica entre as esferas produtivas pública e privada devem abrir espaço a uma visão mais analítica ponderando para além dos trabalhadores masculinos e as condições de trabalho do homem executado na esfera privada,

assimilando práticas de cunho social na perspectiva do mundo do trabalho para além da sua capacidade de produção monetária.

O contexto pandêmico na qual o país – e não somente ele – se encontra atualmente, escacara a importância do trabalho não remunerado, especialmente o trabalho de cuidado, considerando as proporções tomadas pelo adoecimento em massa devido a pandemia e a concentração dos familiares nas residências.

A pandemia fortaleceu o avanço do trabalho remoto para os lares e assim, fez cair por terra a abstração de separação completa entre as dimensões produtiva e reprodutiva da vida social (CORDEIRO; GUEDES, 2020).

Assim, os trabalhos de cuidado e as responsabilidades familiares ganharam novos contornos com a situação de confinamento e em contrapartida os fatores do trabalho não remunerado de reprodução social nos cenários domésticos continuam compreendidos como não trabalho, não ocorrendo a divisão de papéis entre os pares.

Agora, em um mesmo espaço temporal e ambiente coexistem o trabalho assalariado, produtivo e público; e o trabalho não remunerado, doméstico e privado, reiterando as questões da divisão sexual do trabalho, resultando em uma sobrecarga ao trabalho da mulher.

Inexistentes ou impossibilitados o acesso a estruturas assistenciais. Isso, pois, com as escolas e creches fechadas, fica a cargo dos familiares assistir os filhos em sua educação agora feito de forma remota, ou até mesmo sendo os únicos com a atribuição de educa-los, há maiores protocolos de higiene e cuidado com idosos, e crianças e adultos, além de acréscimo nas atividades de cuidado com o lar, posto que agora há maior concentração de pessoas na residência por maiores períodos de tempo, o que resulta em mais

tarefas domésticas, como cozinhar, lavar a roupa, ir ao mercado; tais trabalhos de cuidado são em regra atribuídos unicamente às mulheres, vistas como mais zelosas, amorosas e mais propensas naturalmente ao exercício de tais atividades.

É certo que a pandemia ocasionada pelo COVID-19, deu uma nova dimensão as desigualdades brasileiras, sendo igualmente certo que a sobrecarga de trabalho de cuidado é doméstico, é uma delas. Em pesquisa realizada por Gênero e Número, liderada pela Sempreviva Organização Feminista, fica palpável as mencionadas desigualdades. A metodologia do levantamento consistiu na aplicação de questionário online, com questões de múltipla escolha fundamentadas no levantamento “*Outras formas de trabalho*” anteriormente mencionado, sendo que foram coletadas 2.641 respostas; considerado nas análises dos resultados residência, raça, renda familiar e sexo.

Entre os números que se destacam, obteve-se que 50% das mulheres brasileiras, a partir da pandemia passaram a cuidar de alguém, sendo que deste número, 52% são negras, 46% são brancas e 50% indígenas ou amarelas. Número que não surpreende, considerando a crise do cuidado instaurada nestes tempos de pandemia e o fato de que, os trabalhos de cuidado ancoram-se primordialmente no trabalho não remunerado, ou ainda, remunerado da mulher.

Outro número que surpreende; 72% das aplicantes informam que, são responsáveis pelo cuidado de idosos, crianças, ou pessoas com deficiência; amplificou-se exponencialmente a necessidade de monitoramento e companhia, em atividades tais como, auxílio na alimentação, com os deveres, ao mesmo tempo em que desempenham suas atividades remuneradas, assim se sobrepõem no cotidiano da mulher trabalho remunerado e trabalho de cuidado.

Entre as mulheres que responderam o questionário, afirmaram que trabalham neste período de pandemia mais que antes do isolamento, na porcentagem de 44% para negras, 55% brancas o que evidencia que a crise, atingiu ambas de uma forma geral a classe de trabalhadoras. Em momento anterior a pandemia muitas dessas mulheres “terceirizavam” o trabalho doméstico e de cuidado contratando mão de obra para o tanto, não sendo possível assim se proceder, acumularam tais atividades as absorvendo, porque não as distribuiu aos outros membros da família. Outro dado que é importante é que, uma vez que se tornam remotas, as jornadas de trabalho agora se estendem sem limitação mas com controle patronal quanto a sua produtividade.

A pesquisa levantou também que, 23% delas eram responsáveis de alguma forma pela sustentação da casa, seja em trabalhos remunerados realizados fora do lar ou nele, mantendo-se o trabalho assalariado com o trabalho doméstico por já o desempenharem pré pandemia.

Importante reconhecer que, naquilo que toca ao trabalho de cuidado suas implicações na organização da vida do cuidador – aqui da mulher cuidadora – relacionam-se diretamente com a capacidade de divisão de suas responsabilidades com entes públicos ou privados, familiares, de se contratar uma trabalhadora (intencionalmente no feminino), ou de contar com redes de apoio externas; sendo outro implicador, conforme outrora afirmado, a divisão sexual trabalho, não podendo se furtar da análise que tal distribuição de responsabilidades é afeta a dimensões de renda e raça.

O estudo acima exposto, revela ter diminuído em 51% o apoio disponível as mulheres com os trabalhos de cuidado no período de isolamento social, devido a reconcentração dos cuidados

nas residências, mais uma vez, devido a interrupção do funcionamento de escolas e creches e ainda que, devido as medidas restritivas de contato social, o cuidado que muitas vezes vinha de sujeito alheio as famílias, agora não se pode mais com ele contar. As entrevistadas, em isolamento social e que passaram a trabalhar remotamente (assalariadas) em suas casas alegam intensificação do trabalho, seja o doméstico, seja o de cuidado, indicando que tarefas tais como lavar louças, limpar a casa, preparar alimentos, aumentaram consideravelmente (na mesma ordem, 57%, 52% e 57%).

A compreensão acerca da divisão do trabalho de cuidado e trabalho doméstico, não pode ignorar os dados, ficando inquestionável o aumento de carga laboral da mulher, pois esta acumula o trabalho remunerado e o doméstico, sendo que neste período de isolamento social, caminham lado a lado, posto que não há mais aquela divisão abstrata entre o “tempo do trabalho” e o “tempo do descanso”.

CONCLUSÃO

Mesmo que não exaustivamente, fora abordado no presente trabalho linhas gerais acerca da divisão sexual do trabalho, do trabalho remoto, do trabalho doméstico e de cuidado e como estes foram afetados pela pandemia ocasionada pela doença COVID-19.

A sobrecarga do trabalho da mulher em tempos de pandemia deve-se igualmente ao fato de que, embora exista a intensificação e aumento da frequência dos trabalhos domésticos e de trabalho, não se precedeu a uma divisão mais igualitária no exercício de tais atividades. Agravada por novas dinâmicas atribuídas ao cenário das relações de trabalho que intensificam carga horária, e ultrapassam o

limite do público e privado, pensadas unicamente na produtividade.

Para além das considerações acima, nos leva a pensar a organização do trabalho remunerado e do trabalho doméstico, pois o último, influência grandemente na execução do primeiro, pois agora se dividem entre duas esferas – produtiva e reprodutiva da vida cotidiana – agora em um mesmo espaço e ambiente.

Os dados lançados só comprovam que o trabalho remoto, aumentou o hiato das desigualdades da divisão dos papéis produtivos de gênero e que sobrecarrega a mulher trabalhadora, sempre relegada a cuidadora e “do lar”. As medidas de enfrentamento adotadas, que se refiram a trabalhos remotos, em “*home office*” e afins, não se encaixam em todas as realidades, especialmente a da mulher trabalhadora.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei Complementar nº 101 de 4 de maio de 2000. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 04 mai. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm> Acesso em: 02 de Agosto de 2020.

BRASIL. Lei 13.467, de 13 de julho de 2017. **Diário Oficial de União** 13 jul. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/113467.htm> Acesso em: 02 de Agosto de 2020.

BRASIL. Decreto Legislativo de nº 6, de 20 de março de 2020. **Diário Oficial da União**. 20 mar. 2020. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/norma/31993957>> Acesso em 02 de Agosto de 2020.

BRASIL. Medida Provisória de nº 927, de 22 de março de,2020. **Diário Oficial da União** 22 de mar. 2020. Disponível em: <
[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm#:~:text=MPV%20927&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20medidas%20trabalhistas,\)%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAsncias.&text=Art.,-1%C2%BA%20Esta%20Medida](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm#:~:text=MPV%20927&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20medidas%20trabalhistas,)%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAsncias.&text=Art.,-1%C2%BA%20Esta%20Medida)> Acesso em: 02 de Agosto de 2020.

BRASIL, Ministério da Saúde. Sobre a doença. **O que é COVID-19**. Disponível em:<<https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#o-que-e-covid>>Acesso em: 22 de Agosto de 2020.

CORDEIRO, Marina. GUDES, **Moema. Trabalho produtivo e trabalho reprodutivo: desigualdades de gênero em tempos de pandemia**. 2020. ADUR-RJ S. SINDI. Disponível em: <
<http://www.adur-rj.org.br/portal/wp-content/uploads/2020/08/versa%CC%83o-final-Moema-e-Marina.pdf>: Acesso em 18 de Agosto de 2020.

HARTE. Negley. Professor Phyllis Deane: Leading and influential figure in the field of economic history. 2017. Acesso em: 16 de Agosto de 2020.

KERGOAT, Danièle. **Divisão sexual do trabalho e relações sociais de sexo**. In: HIRATA, Helena; LABOIRE, Françoise; LA DOARÉ, Hélène & SENOTIER, Danièle (Orgs.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. SP: Editora UNESP, 2009.

MEADE. James E. **James E. Meade Biographical**. The Nobel Prize. Disponível em: <
<https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/1984/stone/biographical/>> Acesso em: 16 de Agosto de 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Nota Técnica Conjunta nº 6/2020. PGT/CONALIS. SOBRE DIÁLOGO SOCIAL, NEGOCIAÇÃO COLETIVA E ADOÇÃO DE MEDIDAS DE PROTEÇÃO AO EMPREGO E OCUPAÇÃO DIANTE DA PANDEMIA DA DOENÇA INFECCIOSA COVID-19.** Disponível em: < <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/nt-6-2020-conalis-mpt.pdf> > Acesso em: 02 de Agosto de 2020.

ONU MULHERES. Organização das Nações Unidas. Trabalho doméstico não remunerado representa até 39% do PIB dos países, diz ONU Mulheres. 2017. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/trabalho-domestico-nao-remunerado-representa-ate-39-do-pib-dos-paises-diz-onu-mulheres/> > Acesso em: 11 de agosto de 2020.

PNAD. IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio 2018 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio Contínua. Estatísticas de Gênero.** 2019. Disponível em: < https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101722_informativo.pdf > Acesso em: 18 de agosto de 2020.

STONE. Richard. **Richard Stone Biographical.** The Nobel Prize. Disponível em: < <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/1984/stone/biographical/> > Acesso em: 16 de Agosto de 2020.

SOF. Sempreviva Organização Feminista,. **Sem Parar. O trabalho e a vida das mulheres na pandemia.** Disponível em: < <http://mulheresnapandemia.sof.org.br/> > Acesso em: 20 de agosto de 2020.

GRUPO DE TRABALHO IV:
Meio Ambiente do Trabalho e
Saúde do Trabalhador

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE PARA JOGADORES DE FUTEBOL QUE JOGAM SOB CALOR EXCESSIVO

ADDITIONAL INSALUBRITY FOR FOOTBALL PLAYERS PLAYING IN EXCESSIVE HEAT

*Jair Aparecido Cardoso*²⁵⁷
*Patrick de Araújo Fernandes*²⁵⁸

RESUMO

As normas brasileiras instituíram o adicional de insalubridade como política indenizatória ao exercício de atividades laborais em condições prejudiciais à saúde além de parâmetros máximos pré estabelecidos. Nesse sentido, por meio de normas regulamentadoras, o direito do trabalho passou a exercer o papel de balancear a atividade econômica e a saúde do trabalhador, traçando parâmetros e impondo condições para o exercício de determinados labores. A análise das razões do surgimento do adicional de insalubridade, bem como sua incidência, com ênfase à ocasionada por calor excessivo, são importantes para traçar os caminhos do enquadramento da atividade esportiva exposta a este fator. A análise das razões do surgimento do adicional de insalubridade, dos porquês de sua incidência, e em quais condições o trabalhador passa a ter direito ao seu recebimento são os

²⁵⁷ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP-USP). Coordenador de do grupo de pesquisa "Transformação do Direito do Trabalho na sociedade pós-moderna e seus reflexos no mundo do trabalho (GEDTRAB FDRP/USP). E-mail: jaircardoso@usp.br.

²⁵⁸ Pós-graduando em Direito e Processo do Trabalho pela USP / Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. E-mail: patrickaraujobass@outlook.com.

temas que, seguidos da ênfase à incidência por calor excessivo traçam os caminhos do enquadramento como passível de indenização o exercício do trabalho dos jogadores de futebol. Utilizando o método de pesquisa descritivo explicativo, pormenorizar-se-á o instituto do adicional de insalubridade, e seus desdobramentos no Tribunal Superior do Trabalho, com a finalidade de entender como o direito atual se comporta frente ao dilema de proteger o trabalhador sem se tornar um impedimento ao avanço econômico. O apresentado no trabalho explicita a maneira como o Direito brasileiro enxerga o trabalho insalubre e o limite que o judiciário possui em sua atuação, protegendo o trabalhador sem transformar-se num impedimento ao avanço da economia.

Palavras-chave: adicional de insalubridade. esporte. futebol. calor excessivo.

ABSTRACT

Brazilian rules have instituted the unhealthy work premium as an indemnity policy for the exercise of work activities in conditions harmful to health in addition to pre-established maximum parameters. In this sense, by means of regulatory norms, labor law began to play the role of balancing economic activity and workers' health, drawing parameters and imposing conditions for the exercise of certain tasks. The analysis of the reasons for the emergence of the unhealthy supplement, as well as its incidence, with emphasis on the one caused by excessive heat, are important to trace the ways of framing the sports activity exposed to this factor. The analysis of the reasons for the emergence of the unhealthy premium, the reasons for its incidence, and the conditions under which the worker is entitled to receive it are the themes that, followed by the emphasis on the incidence of excessive heat, trace the framing paths as liable compensation for the exercise of the work of football players. Using the explanatory descriptive research method, we will detail the institute of unhealthy work additional, and its consequences in the

Superior Labor Court, in order to understand how the current law behaves in the face of the dilemma of protecting the worker without becoming an impediment to economic progress. The information presented in the work explains the way in which Brazilian law sees unhealthy work and the limit that the judiciary has in the performance, protecting the worker without becoming an impediment to the advancement of the economy.

Keywords: additional insalubrity. sport. football. soccer. excessive heat.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, bem como a legislação infraconstitucional, instituíram o adicional de insalubridade como política indenizatória ao exercício de atividades laborais em condições prejudiciais à saúde além de parâmetros máximos pré-estabelecidos. Neste sentido, por meio de normas regulamentadoras, o Direito do Trabalho passou a exercer o papel de balancear a atividade econômica e a saúde do trabalhador, traçando parâmetros e impondo condições para o exercício de determinados labores.

A análise das razões do surgimento do adicional de insalubridade, dos porquês de sua incidência, e em quais condições o trabalhador passa a ter direito ao seu recebimento são os temas do primeiro capítulo. Ênfase à incidência por calor excessivo é dada ao final do capítulo inicial para que, ao longo do segundo teor, sejam traçados os caminhos do enquadramento do exercício esportiva do futebol como passível de recebimento do adicional. Utilizando o método de pesquisa descritivo explicativo, analisar-se-ão as razões que nortearam os legisladores brasileiros, bem como pormenorizar-se-á o intuito do adicional de insalubridade, e seus desdobramentos no Tribunal Superior do Trabalho, com a finalidade de entender como

o direito atual se comporta frente ao dilema de proteger o trabalhador sem se tornar um impedimento ao avanço econômico.

Tendo em vista as mudanças recentes que o Direito do Trabalho tem sofrido, interna e externamente (CASSAR, 2017), de suma importância é analisar o comportamento do mais alto Tribunal julgador da Justiça do Trabalho. A flexibilização de direitos encontra limites na jurisdição trabalhista, fazendo de sua observação um exercício essencial para compreender a influência da ação jurisdicional brasileira nas relações de trabalho.

1 DO ADICIONAL POR INSALUBRIDADE

O Direito do Trabalho buscou, ao longo da evolução social e econômica, o equilíbrio entre o desgaste do indivíduo e a maior rentabilidade da sua atividade (CASTRO, 2014). Cassar (2017, pág. 11) afirma que o Direito do Trabalho nasce como reação ao processo conhecido como Revolução Industrial, onde os trabalhadores eram explorados a níveis desumanos.

A classe trabalhadora, em face a essa exploração, passou a lutar por melhores condições de trabalho, anseando por tutelas jurisdicionais que o direito civil comum não alcançava. O Direito do Trabalho como se conhece nos dias atuais advém dessa necessidade, tanto do detentor da mão-de-obra, quanto do detentor do capital, de obter amparo jurisdicional de suas lides, evitando a implosão do próprio sistema capitalista vigente naquela época e vigorando até os dias atuais.

Neste sentido, após os movimentos sociais e trabalhistas frutos da Revolução Industrial na Europa, os trabalhadores passaram a conquistar mais direitos e, dentre eles, uma indenização pelo exercício de trabalhos vistos à época como desgastantes

(MESTIERI,2014).

Enquanto isso, no Brasil, o Estado Democrático de Direito, alcançado após a promulgação da Constituição Federal de 1988 (MADRIGAL, 2015), desde então objetiva este ambicionado equilíbrio, pautando suas normas jurídicas e ações políticas no crescimento financeiro e social em consonância à proteção da saúde do trabalhador (SILVA e SARTO, 2019).

A criação do adicional de insalubridade surgiu como modo de compensar os danos causados por trabalhos pré-definidos (JORGE NETO e CAVALCANTE, 2019) e que, essenciais por natureza, não poderiam ser proibidos.

A regulamentação do trabalho no Brasil, regida pela Consolidação das Leis do Trabalho (1943), tratou de definir as atividades abrangidas por tal dispositivo indenizatório, implementado no país desde 1936 (MESTIERI, 2014):

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

A Constituição Federal brasileira, por sua vez, explicitou a importância desta indenização em seu artigo 7º, que trata dos direitos do trabalhador e que, no inciso XXIII, elenca o “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei”.

A valoração do adicional, orientada por critérios de proporcionalidade, seguiu parâmetros especificados em lei e regulamentados por norma própria, empenhados em trazer justiça aos diferentes ofícios do trabalhador brasileiro (GOMES, KUBIAK, LANGOSKI, 2019). Tendo essa premissa no horizonte, o legislador

aprovou o artigo 192 da CLT (1943), trazendo que o exercício de trabalho em condições insalubres assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo.

Neste ponto, a Reforma Trabalhista promovida no ano de 2017 trouxe mudanças importantes. Desde sua promulgação, a definição do valor do adicional de insalubridade (de 10 a 40%) pôde ser objeto de negociação coletiva (FERREIRA e QUADROS, 2019), sendo possível sua valorização ou desvalorização mediante acordo entre sindicatos e empregadores.

O questionamento, então, debruça-se acerca de quais atividades serão consideradas insalubres e em qual grau será inserida cada uma (FERREIRA E QUADROS, 2019).

Mestieri (2014) apresenta que, após a instituição de engenheiros e médicos para a realização de perícias que indicassem a presença de condições insalubres no local de trabalho em 1968, surge, no ano de 1978, a Norma Regulamentadora nº 15.

Tal Norma Regulamentadora trouxe os parâmetros para definição e enquadramento de uma atividade que, após a realização de uma perícia técnica, será ou não considerada insalubre e, em resultado positivo, em qual grau será delimitada. São eles: ruído contínuo e de impacto; temperatura; radiação; condições hiperbáricas; vibrações; umidade; substâncias químicas; poeira proveniente de minerais; agentes biológicos (NONATO, 2019).

Ao longo de seus anexos, a respectiva Norma Regulamentadora aponta quais são os limites de cada agente prejudicial e a partir de que ponto sua incidência é considerada passível de demarcação e o respectivo adicional passa a ser obrigatório. Por meio do chamado “limite de tolerância” a NR-15 criou uma legenda que leva a perícia

a critérios objetivos e imparciais de delimitação dos agentes nocivos. O número da legenda aumenta de acordo com a gravidade da exposição e, a partir de certo ponto, o adicional passa a ser devido.

Através de seus anexos são estabelecidos os limites de tolerância de cada atividade, dipostos da seguinte maneira: Anexo n.º 5 - Radiações Ionizantes; Anexo n.º 6 - Trabalho sob Condições Hiperbáricas; Anexo n.º 7 - Radiações Não-Ionizantes; Anexo n.º 8 – Vibrações; Anexo n.º 9 – Frio; Anexo n.º 10 – Umidade; Anexo n.º 11 - Agentes Químicos Cuja Insalubridade é Caracterizada por Limite de Tolerância e Inspeção no Local de Trabalho; Anexo n.º 12 - Limites de Tolerância para Poeiras Minerais; Anexo n.º 13 - Agentes Químicos; Anexo n.º 13 - Anexo N° 13 A – Benzeno; Anexo n.º 14 - Agentes Biológicos.

Neste diapasão, importante ressaltar que o rol de atividades consideradas insalubres é taxativo(GOMES, 2019). A referida norma estipula ainda, que, mesmo que o trabalhador esteja exposto a mais de um fator considerado insalubre, receberá somente adicional referente ao que gere o percentual mais alto.

2.1 Do Adicional De Insalubride Por Calor Excessivo

Contidos no Anexo III da NR-15, os Limites de Tolerância para Exposição ao Calor são medidos através do IBUTG, “Índice de Bulbo Úmido Termômetro de Globo”(OLIVEIRA, PESSOA, 2006).

Conforme explica Antonio Souto Coutinho (OLIVEIRA, PESSOA apud COUTINHO, 2006, p. 176-177):

O Anexo N o 3 da NR-15 trata dos limites de tolerância para exposição ao calor. Segundo esse Anexo, a exposição ao calor deve ser avaliada através do Índice de Bulbo Úmido – Termômetro de Globo (IBUTG), índice esse que representa o efeito combinado da

radiação térmica, da temperatura de bulbo seco, da umidade e da velocidade do ar.

Bezerra (2018) também orienta que “para essa aferição, devem ser utilizados o termômetro de bulbo úmido natural, termômetro de globo e termômetro de mercúrio comum. Sendo a medição realizada no local de permanência do trabalhador e à altura mais atingida do corpo”.

O resultado, então, será submetido aos critérios do quadro abaixo, que determinará se a atividade é considerada leve, moderada ou pesada.

QUADRO N.º 1

Regime de Trabalho Intermitente com Descanso no Próprio Local de Trabalho (Por Hora)	Leve	Moderada	Pesada
Trabalho contínuo	até 30,0	até 26,7	até 25,0
45 minutos trabalho 15 minutos descanso	30,1 a 30,5	26,8 a 28,0	25,1 a 25,9
30 minutos trabalho 30 minutos descanso	30,7 a 31,4	28,1 a 29,4	26,0 a 27,9
15 minutos trabalho 45 minutos descanso	31,5 a 32,2	29,5 a 31,1	28,0 a 30,0
Não é permitido o trabalho, sem a adoção de medidas adequadas de controle	acima de 32,2	acima de 31,1	acima de 30,0

Fonte: Ministério da Economia/Secretaria Especial de Previdência e Trabalho (2019).

Contudo, nem todo trabalho pode ser submetido a todos os parâmetros acima descritos, mesmo que mediante pagamento do adicional respectivo. Os limites de cada atividade seguem os

parâmetros dos Quadros de nº2 e nº 3 que devem ser observados em conjunto. A primeira análise se faz é, em posse do Quadro nº 3 apresenta qual valor de taxa de metabolismo em calorias por hora cada atividade exige do trabalhador, citando exemplos como digitação e levantamento de pesos.

QUADRO N.º 3

Tipo De Atividade	Kca l/h
SENTADO EM REPOUSO	100
TRABALHO LEVE Sentado, movimentos moderados com braços e tronco (ex.: datilografia). Sentado, movimentos moderados com braços e pernas (ex.: dirigir). De pé, trabalho leve, em máquina ou bancada, principalmente com os braços.	125 150 150
TRABALHO MODERADO Sentado, movimentos vigorosos com braços e pernas. De pé, trabalho leve em máquina ou bancada, com alguma movimentação. De pé, trabalho moderado em máquina ou bancada, com alguma movimentação. Em movimento, trabalho moderado de levantar ou empurrar.	180 175 220 300
TRABALHO PESADO Trabalho intermitente de levantar, empurrar ou arrastar pesos (ex.: remoção com pá). Trabalho fatigante	440 550

Fonte: Ministério da Economia/Secretaria Especial de Previdência e Trabalho (2019).

Após o enquadramento da atividade nos parâmetros acima descritos, o quadro de nº 2 estipulará quanto o índice IBUTG pode

atingir.

QUADRO N.º 2

M (Kcal/h)	Máximo IBUTG
175	30,5
200	30,0
250	28,5
300	27,5
350	26,5
400	26,0
450	25,5
500	25,0

Fonte: Ministério da Economia/Secretaria Especial de Previdência e Trabalho (2019).

Esse limite define, em conjunto aos quadros nº 1 e 3 (BRASIL, 2019), o máximo de calor que aquela atividade pode ser exposta de acordo com a quantidade de descanso concedida. Como se observa unindo os 03 quadros, alguns podem ser realizados continuamente, enquanto outros somente a partir de 30 minutos de descanso a cada 30 minutos de trabalho.

2.1.1 Decisões e Orientações do Tribunal Superior do Trabalho acerca da Concessão de Insalubridade por Calor Excessivo

O Egrégio Tribunal Superior do Trabalho com frequência decide acerca da matéria em questão. A OJ-SDI1-173, datada no ano de 2012, sedimenta o entendimento de que a exposição ao calor, seja externa ou internamente, gera direito à indenização por exercício de trabalho insalubre, nos termos da NR-15.

A referida OJ explicita que:

OJ-SDI1-173 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. ATIVIDADE A CÉU ABERTO. EXPOSIÇÃO AO SOL E AO CALOR.

I – Ausente previsão legal, indevido o adicional de insalubridade ao trabalhador em atividade a céu aberto, por sujeição à radiação solar (art. 195 da CLT e Anexo 7 da NR 15 da Portaria N° 3214/78 do MTE).

II – Tem direito ao adicional de insalubridade o trabalhador que exerce atividade exposto ao calor acima dos limites de tolerância, inclusive em ambiente ex-terno com carga solar, nas condições previstas no Anexo 3 da NR 15 da Portaria n° 3214/78 do MTE. (grifo próprio)

A referida orientação continua a basear as decisões do respectivo Tribunal conforme julgados recentes proferidos pelos Ministros membros. Em decisão de Recurso de Revista com Agravo n° TST-ARR-1370-15.2014.5.09.0562, de 11 de dezembro de 2019, o Ministro Relator Augusto César Leite De Carvalho ao decidir pelo direito da reclamante ao adicional de insalubridade por exposição ao calor excessivo, menciona que:

A insalubridade em questão se refere ao calor excessivo provocado pelo sol, que mesmo no labor externo gera o direito ao adicional de insalubridade. [...] O fato de o labor se dar a céu aberto não afasta a condição de insalubridade, devendo ser verificado se a temperatura à qual a autora estava exposta excedia ou não os limites de tolerância previstos nas Normas Regulamentares.

Resta claro que o entendimento do Judiciário brasileiro é de que, constatada a ultrapassagem dos limites máximos estabelecidos pela Norma Regulamentadora em vigência para a incidência de calor durante a atividade laboral, o adicional de insalubridade passa a ser devido. Independente do exercício ser realizado interna ou externamente, sua incidência é taxativa.

3 JOGADORES DE FUTEBOL E O DIREITO AO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE POR CALOR EXCESSIVO

O Acórdão proferido pela 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho (2019), referente ao Processo nº TST-ARR-707-96.2016.5.21.0001, reformando a decisão anteriormente proferida pelo TRT da 21ª Região, abordou a lide acerca da permissão da realização de jogos de futebol organizados pela Confederação Brasileira de Futebol em todo o território nacional. O Ministério Público do Trabalho, através de uma ação civil pública, pleiteava a proibição de jogos num novo horário idealizado pela CBF, das 11h às 14h, quando a temperatura ultrapassasse 28º WBGT.

Conforme mencionado em análise anterior, o rol de atividades insalubres é taxativo, restringindo o poder prescritivo jurisdicional. A proibição somente poderia ocorrer caso a atividade laboral analisada ultrapassasse o enquadrado como passível de recebimento de adicional de insalubridade, caracterizando-se como superior aos limites expressos na normal legal.

A decisão do TRT da 21ª Região culminou em determinar que “a Confederação Brasileira de Futebol se abst[ivesse] de agendar jogos oficiais de futebol no lapso temporal entre 11h e 14h do dia, em todo território nacional, incluídos os campeonatos de todas as séries” quando a temperatura ultrapassasse os 28º WBGT.

Para chegar ao acórdão que reformaria a referida decisão, o TST apoiou-se nos critérios e paradigmas elencados acerca da razão da existência do adicional de insalubridade.

A análise primária necessária ao entendimento do voto do Minsitro Relator, remonta aos objetivos do Direito do Trabalho e as funções da Jurisdição Especializada no mesmo.

A função do Direito e do Processo do Trabalho, amparados

pela Justiça do Trabalho, esta representada pelo TST na análise em pauta, é garantir os princípios constitucionais, dando condições ao desenvolvimento humano em consonância ao desenvolvimento econômico (PROCÓPIO FILHO, 2018).

Esta premissa traçou parte dos argumentos do Ministro Relator Alexandre Agra Belmonte. O legislador, ao criar o adicional de insalubridade, buscou uma alternativa indenizatória para os prejuízos causados pelo trabalho em condições prejudiciais à saúde (GOMES, KUBIAK, LANGOSKI, 2019). Conforme descrição realizada no respectivo julgado, a situação analisada encaixa-se numa das possibilidades contidas na legislação infraconstitucional como passível do recebimento deste adicional.

O impedimento ao desenvolvimento econômico, bem como a possibilidade de diminuição dos danos físicos aos trabalhadores, foram alguns dos argumentos que pautaram a decisão de permitir a realização de jogos de futebol durante o período das 11h às 13h, proibindo apenas o realizado das 13h às 14h.

Quanto à possibilidade de diminuição dos danos físicos, o voto do relator reside nos parâmetros técnicos e físicos aos quais jogadores de futebol profissionais, amparados pela CBF, possuem no Brasil. Não se tratam apenas de partidas amadoras, condicionando atletas a ambientes nos quais seus corpos não são capazes de conviver de maneira saudável. Os trabalhadores do esporte de alto rendimento possuem um intenso acompanhamento médico e fisioterápico, elevando suas condições físicas e prevenindo eventuais situações de risco. Problemas de saúde que os impossibilitem de jogar trariam prejuízos financeiros às equipes.

Rodrigo Piano Rosa (2010) explicita o intenso trabalho realizado pelas equipes no intuito de melhorar o condicionamento físico dos jogadores, tendo em vista a intensa agenda de jogos e o

consenso de que uma boa preparação prévia e posterior da saúde física do atleta traz ganhos financeiros e previne prejuízos por lesões e desgastes dos respectivos contratados.

A menção ao impedimento do desenvolvimento econômico, local que o Direito do Trabalho não pode residir inoportunamente, o voto afirma que o eventual impedimento da realização dos jogos no horário em lide, se tornaria um obstáculo ao retorno financeiro das categorias mais baixas dos campeonatos nacionais, como a série C e série D. Nestas séries, o horário é de crucial importância para o comparecimento do público, bem como para o interesse de transmissão de empresas de telecomunicações.

Correlacionar a discussão ao diversificado clima brasileiro, ação realizada pelo Ministro Relator na continuidade de seu voto, é de valiosa importância. Decisões de alcance nacional, como a ora analisada, precisam levar em conta as diferentes nuances do trabalho, bem como os fatores ao que o mesmo é exposto, para pormenorizar e proteger sem restringir desnecessariamente sua existência.

A decisão terminou por autorizar a realização dos jogos justificando-se no texto constitucional e infraconstitucional que apresentam o adicional por trabalhos insalubres.

Importante destacar o trecho do Acórdão que culminou na autorização na realização de jogos durante o período das 11h às 13h:

Permitir que se realizem jogos oficiais de futebol organizados pela Confederação Brasileira de Futebol – CBF em todo o território nacional nesse período, assegurado aos atletas, no entanto, o direito ao adicional respectivo porventura comprovado em decorrência da insalubridade pela exposição ao calor acima dos limites de tolerância (OJ-173-SBDI-1/TST) e, também, o direito aos intervalos para recuperação térmica.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou trazer elementos que elucidassem as razões da instituição do adicional de insalubridade no Direito brasileiro. Quais os motivos que levaram o legislador a insituí-lo e o Judiciário a enconrajá-lo, mantendo-se em constante atinência ao estipulado nas normas legais, com principal ênfase à Constituição Federal de 1988. Uma explicação pormenorizada dos conceitos e da determinação do adicional por exposição a calor excessivo foi realizada para que o leitor, munido de tais informações, pudesse entender as motivações que levaram o TST a autorizar a realização de jogos durante determinados horários, desde que a respectiva indenização fosse realizada. O apresentado no decorrer do acórdão trata-se de um exemplo atual, que explicita a maneira como o Direito brasileiro enxerga o trabalho insalubre e o limite que o judiciário possui na atuação e determinação de seus parâmetros.

O Direito do Trabalho continua a exercer a tarefa de adaptar-se aos novos contextos da atividade laboral, protegendo e amparando o trabalhador sem transformar-se num impedimento ao avanço da economia e do capital. Este trabalho oferece ferramentas para evidenciar este comportamento que objetiva balancear os interesses dos diferentes atores do exercício do trabalho.

REFERÊNCIAS

BEZERRA, Pedro. **NR 15 Anexo 3**: NR que fala dos Limites de Tolerância para Exposição ao Calor. Suprema Luvas, 26 dez. 2018. Disponível em: < <https://supremaluvas.com.br/nr-15-anexo-3-nr-que-fala-dos-limites-de-tolerancia-para-exposicao-ao-calor/> >. Acesso em: 19 jan. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 30 jan. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia/Secretaria Especial de Previdência e Trabalho. **Norma Regulamentadora N° 15 - Atividades e Operações Insalubres**. Disponível em: < <http://trabalho.gov.br/seguranca-e-saude-no-trabalho/normatizacao/normas-regulamentadoras/norma-regulamentadora-n-15-atividades-e-operacoes-insalubres> >. Acesso em: 27 jan. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia/Secretaria Especial de Previdência e Trabalho. Portaria N° 1.359. Aprova o Anexo 3 - Calor - da Norma Regulamentadora n° 9 - Programa de Prevenção de Riscos Ambientais, altera o Anexo n° 3 - Limites de Tolerância para Exposição ao Calor - da Norma Regulamentadora n° 15 - Atividades e Operações Insalubres e o Anexo II da NR n° 28 - Fiscalização e Penalidades. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, Edição 239. Seção 1. Página 103.

BRASIL. Ministério do Trabalho. Decreto-Lei N° 5.452. Aprova as Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial Da República Federativa Do Brasil**, Brasília, 09 ago 1943.

CASTRO, Brunna Rafaely Lotife. A Evolução histórica do Direito do Trabalho no Mundo e no Brasil. **JusBrasil**, 2014. Disponível em: < <https://brunnalotife.jusbrasil.com.br/artigos/111925458/a-evolucao-historica-do-direito-do-trabalho-no-mundo-e-no-brasil> >. Acesso em: 23 jan. 2020.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 14ª Ed. Editora Método. São Paulo, 2017.

CUNHA, Fábio. Histórico e importância da preparação física para o futebol no Brasil. **Revista Digital**. Buenos Aires, ano 9, nº 63, ago. 2003. Disponível em: < <https://www.efdeportes.com/efd63/brasil.htm> >. Acesso em: 21 jan. 2020.

GOMES, Luigi dos Santos. KUBIAK, Alexander Santos. LANGOSKI, Deisemara Turatti. O Adicional de Insalubridade: Monetização da Saúde Como Dificuldade à Concepção de Sociedade Fraternal. **Revista Latinoamericana de Estudios en Cultura y Sociedad**, e-ISSN 2525-7870. 05, ed. especial, abr., 2019, artigo nº 1201. Disponível: < <http://periodicos.claec.org/index.php/relacult/article/view/1201/686> >. Acesso em: 08 jan. 2020.

Insalubridade - Atividades E Operações - Nr 15. **Guia Trabalhista**, 2020. Disponível em: < <http://www.guiatrabalhista.com.br/guia/insalubridade.htm> >. Acesso em: 18 jan. 2020.

JORGE NETO, Francisco Ferreira. CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho**. Editora Atlas, 2018. São Paulo, 9º Ed.

MADRIGAL, Alexis. O Estado Democrático de Direito no Brasil. **Revista Jus**, mar. 2015. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/37262/o-estado-democratico-de-direito-no-brasil> >. Acesso em: 25 jan. 2020.

MESTIERI, Nilza. Adicional de Periculosidade e Adicional de Insalubridade. **Jusbrasil**, 2014. Disponível em: < <https://nilzamestieri.jusbrasil.com.br/artigos/112358312/adicional->

de-periculosidade-e-adicional-de-insalubridade >. Acesso em: 29 jan. 2020.

NONATO, Leticia. Entenda tudo sobre o direito da insalubridade e faça as contas. **Revista Saia do Lugar**, 2019. Disponível em: < <https://saiadolugar.com.br/insalubridade/> >. Acesso em: 24 jan. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia/Secretaria Especial de Previdência e Trabalho. **Norma Regulamentadora Nº 15 - Atividades e Operações Insalubres**. Disponível em: < <http://trabalho.gov.br/seguranca-e-saude-no-trabalho/normatizacao/normas-regulamentadoras/norma-regulamentadora-n-15-atividades-e-operacoes-insalubres> >. Acesso em: 27 jan. 2020.

OLIVEIRA, Ronald Fred Alves de. PESSOA, Valdemberg Magno do Nascimento. Índice de bulbo úmido termômetro de globo (IBUTG), vestimenta condutiva e perda de peso de eletricitas do grupo de manutenção de linhas energizadas da companhia energética de Alagoas (CEAL): uma correlação arriscada não amparada pelo Anexo Nº 3 da NR-15. **XXVI ENEGEP**, Fortaleza. 9 a 11 out. 2006.

OLIVEIRA, Ronald Fred Alves de. PESSOA, Valdemberg Magno do Nascimento. Índice de bulbo úmido termômetro de globo (IBUTG), vestimenta condutiva e perda de peso de eletricitas do grupo de manutenção de linhas energizadas da companhia energética de Alagoas (CEAL): uma correlação arriscada não amparada pelo Anexo Nº 3 da NR-15. **XXVI ENEGEP**, Fortaleza. 9 a 11 out. 2006. *apud* COUTINHO, Antonio Souto. Conforto e Insalubridade Térmica em Ambientes de Trabalho. João Pessoa: **Edições PPGE**, 1998.

PROCOPIO FILHO, José Vincenzo. Apontamentos sobre o contrato de trabalho do atleta profissional de futebol. **Revista Jus Navigandi**,

ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5473, 26 jun. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66536>. Acesso em: 27 jan. 2020.

PROCOPIO FILHO, José Vincenzo. A organização da Justiça do Trabalho brasileira e a materialização dos princípios da celeridade processual e da razoável duração do processo. **Revista Âmbito Jurídico**, 01 mar. 2018. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-170/a-organizacao-da-justica-do-trabalho-brasileira-e-a-materializacao-dos-principios-da-celeridade-processual-e-da-razoavel-duracao-do-processo/> >. Acesso em: 19 jan. 2020.

ROSA, Rodrigo Piano. **Preparação Física no Futebol: Seletividade e Aplicação das cargas durante o período competitivo**. 49 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Escola de Educação Física da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: < <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/24922/000750333.pdf?sequence=1> >. Acesso em: 22 jan. 2020.

Secretaria de Comunicação Social. Tribunal Superior do Trabalho. **Normas que regem trabalho de jogadores de futebol abrangem peculiaridades da profissão**. Brasil, 22 jun. 2018. Disponível em: < http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/normas-que-regem-trabalho-de-jogadores-de-futebol-abrangem-peculiaridades-da-profissao/pop_up?inheritRedirect=false >. Acesso em: 27 jan. 2020.

SILVA, Marcela Garcia Cardoso e. SARTO, Thais de Cunto. Exposição Ao Meio Ambiente Do Trabalho Pela Constituição Federal, Em Conectividade À Proteção Legal E Prevenção Dos Ricos, Baseado Na Dignidade Da Pessoa Humana. **Revista do Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho**, e-ISSN: 2525-9857. Goiânia, jan. a jun. 2019. V. 5. n. 1. p. 100-116. Disponível em: <

<https://indexlaw.org/index.php/revistadtmat/article/view/5604/pdf> >. Acesso em: 23 jan. 2020.

TOMAZELLI, Idiana. RODRIGUES, Eduardo. **Ministério do Trabalho será fatiado em duas secretarias**. O Estado de São Paulo, 2018. Disponível em: < <https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2018/12/15/ministerio-do-trabalho-sera-fatiado-em-duas-secretarias.htm> >. Acesso em: 27 jan. 2020.

TST autoriza jogos de futebol às 11h, mas prevê adicional e pausas. **Revista Consultor Jurídico**. Brasil, 16 dez. 2019. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-dez-16/tst-autoriza-jogos-futebol-11h-preve-adicional-pausas> >. Acesso em: 27 jan. 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Recurso de Revista com Agravo: TST-ARR-1370-15.2014.5.09.0562**, em 11 de dezembro de 2019. Relator: Ministro Augusto César Leite De Carvalho. DJ: 13 dez. 2019. Disponível em: < <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/d0e04fc06ab0a6e205e2036b7577694> >. Acesso em: 28 jan. 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista: TST-ARR-707-96.2016.5.21.0001**, em 11 dez. 2019. Relator: Ministro Alexandre Agra Belmonte. Disponível em: < <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/36211a16e12e79d5a034bcee8a115899> >. Acesso em: 05 jan. 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Orientação Jurisprudencial OJ-SDI1-173**. Adicional De Insalubridade. Atividade A Céu Aberto. Exposição ao Sol e ao Calor. Res. 186/2012, DJ: 25, 26 e 27.09.2012. Disponível em: < <https://www.jurisway.org.br/v2/sumula.asp?pagina=5&idarea=1&idmodelo=31547> >. Acesso em: 16 jan. 2020.

O TELETRABALHO E OS RISCOS PSICOSSOCIAIS EM TEMPOS PANDÊMICOS²⁵⁹

TELETRABAJO Y RIESGOS PSICOSOCIALES EN TIEMPOS DE PANDEMIA

*Juliane Caravieri Martins*²⁶⁰

RESUMO

Em dissonância com os preceitos da Constituição Federal, a Lei nº 13.467/2017 inseriu no texto celetista o Capítulo II-A, regulamentando o teletrabalho cuja prestação de serviços ocorre preponderantemente fora das dependências do empregador com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação. Esse instituto jurídico não se coaduna aos princípios basilares de proteção e prevenção do meio ambiente laboral sadio e equilibrado enquanto direito fundamental do cidadão trabalhador. O teletrabalho - especialmente os artigos 75-E, 62, III e 611-A, VIII da CLT - agrava os riscos psicossociais ao promover a ampliação e a intensificação desmedida das jornadas de trabalho, impedindo a desconexão do teletrabalhador. Tal situação se mostra agravada neste momento de pandemia de COVID-19 que impõe o necessário isolamento social a todas as pessoas, principalmente aos trabalhadores.

²⁵⁹ O presente estudo é oriundo do Grupo de Pesquisa **Reforma Trabalhista e os Retrocessos no Mundo do Trabalho: Perspectivas para a América Latina** vinculado à Universidade Federal de Uberlândia e cadastrado no CNPq.

²⁶⁰ Professora Adjunta na Faculdade de Direito (graduação e mestrado) na Universidade Federal de Uberlândia. Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Doutora em Ciências da Integração da América Latina pela Universidade de São Paulo e Mestra em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-8784-7914>. E-mail: jcaravieri@ufu.br.

Palavras-chave: Teletrabalho. Meio Ambiente do Trabalho. Saúde. Riscos Psicossociais. COVID-19.

RESÚMEN

En desacuerdo con los preceptos de la Constitución Federal, la Ley n° 13.467/2017 insertó el Capítulo II-A en el texto de la ley, regulando el teletrabajo cuya prestación de servicios ocurre predominantemente fuera de las instalaciones del empleador con el uso de tecnologías de la información y la comunicación. Este instituto legal no cumple con los principios básicos de protección y prevención de un ambiente de trabajo sano y equilibrado como derecho fundamental del ciudadano trabajador. Teletrabajo, especialmente los artículos 75-E, 62, III y 611-A, VIII de la CLT - agrava los riesgos psicosociales al promover la ampliación e intensificación irrazonable de la jornada laboral, evitando la desconexión del teletrabajador. Esta situación se agrava en este momento de la pandemia COVID-19, que impone el necesario aislamiento social a todas las personas, principalmente a los trabajadores.

Palabras clave: Teletrabajo. Ambiente de Trabajo. Salud. Riesgos Psicossociais. COVID-19.

INTRODUÇÃO

A valorização do trabalho está enfatizada no art. 1º, inciso IV da Constituição e espraia-se pela ordem econômica (art. 170 da CF) ao assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Também se estende pela ordem social (art. 193 da CF) ao estabelecer o bem-estar e a justiça sociais, dialogando com a função socioambiental da empresa. Evidencia-se, assim, a *força normativa* da Constituição de 1988, o caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições mormente na tutela labor-ambiental.

Em dissonância com a Constituição e vários tratados de

direitos humanos ratificados pelo Brasil, a “reforma” trabalhista (Lei nº 13.467/2017) alterou artigos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e de outras leis, sob o discurso da necessidade de adequação das relações de trabalho ao capitalismo global que exige plantas empresariais mais enxutas, contratos de trabalho mais flexíveis, diminuição de custos etc. Dentre as modificações inseridas no texto celetista, está a regulamentação do teletrabalho no Capítulo II-A que, segundo seus defensores, seria oriundo do avanço da sociedade de informação e da tecnologia.

Porém, tal instituto jurídico não se coaduna aos princípios basilares de proteção e prevenção do meio ambiente laboral sadio e equilibrado (*direito fundamental do cidadão trabalhador*), pois essa modalidade contratual intensifica os riscos psicossociais para os obreiros, especialmente nos tempos pandêmicos ora vivenciados.

Portanto, através do método dialético e da pesquisa bibliográfico-exploratória, o estudo objetivou contribuir para as discussões atualíssimas sobre o adoecimento dos trabalhadores oriunda da desproteção labor-ambiental que se agrava no teletrabalho no âmbito do isolamento social para o enfrentamento da pandemia de COVID-19 no Brasil.

1 O MEIO AMBIENTE LABORAL SADIO E EQUILIBRADO – DIREITO FUNDAMENTAL

A questão da preservação do meio ambiente possui nítida feição temporal, pois o aumento abusivo e indiscriminado no uso dos recursos naturais impactará em escassez e dificuldades para as futuras gerações. É preponderante a preocupação com a prevenção dos riscos ambientais em todas as facetas nas quais o meio ambiente é compreendido: o *meio ambiente natural* ou *físico* (solo, água, ar, flora

e fauna); o *meio ambiente artificial* (edificações urbanas e rurais criadas artificialmente pelo homem); o *meio ambiente cultural* (patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico e turístico oriundo de obra humana) e o *meio ambiente do trabalho* (local onde as pessoas desempenham suas atividades laborativas remuneradas ou não), sendo que este último afeta diretamente a vida e a saúde dos obreiros, conforme destaca Rossit (2001, p. 98):

[...] é impossível alcançar qualidade de vida sem qualidade de trabalho e, do mesmo modo, não se pode atingir o meio ambiente equilibrado sem atentar para o meio ambiente de trabalho. Isto porque o ser humano passa a maior parte de sua vida no trabalho, justamente quando está na plenitude de suas forças mentais e físicas, de modo que o trabalho definirá seu estilo de vida, seus conceitos, sua atitude perante a vida, podendo determinar até sua morte.

A saúde foi categoricamente reconhecida como direito social fundamental, estando discriminada nos arts. 6º e 196 da Constituição, sendo garantida a todas as pessoas, inclusive os trabalhadores, decorrendo do direito à vida. A saúde impõe o dever ao Estado e à sociedade em realizar ações e políticas tendentes a proteger a integridade físico-psíquica dos trabalhadores. Segundo a Organização Mundial da Saúde, no *Informe Técnico nº 571*, a saúde:

[...] no es una mera ausencia de enfermedad, sino un estado óptimo de bienestar físico, mental y social. La salud no es algo que se posea como un bien, sino una forma de funcionar en armonía con su medio (trabajo, ocio, forma de vida en general). No solamente significa verse libre de dolores o enfermedades sino también la libertad para desarrollar y mantener sus capacidades funcionales. La salud se mantiene por una acción recíproca entre el genotipo y el medio total. Como el medio ambiente de trabajo, constituye una parte

importante del medio total en que vive el hombre, la salud depende de las condiciones de trabajo (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 1975).

Portanto, a saúde está diretamente relacionada com a concepção de trabalho digno²⁶¹, evidenciando a necessidade de efetivação de um meio ambiente de trabalho hígido. O art. 225, *caput* da Constituição estabeleceu que o meio ambiente é um direito de todos²⁶², alcançando todas as pessoas que residem no território brasileiro, sem distinção de sexo, idade, etnia, nacionalidade etc. em respeito aos princípios da isonomia e de não discriminação²⁶³, impondo a proteção à integridade físico-psíquica dos trabalhadores no meio ambiente laboral.

²⁶¹ O trabalho digno está relacionado a uma concepção mais ética do trabalho e ancorado na ideia de dignidade humana do trabalhador, sendo compreendido sob dois aspectos: “a) o intrínseco (subjeto): como atributo pessoal e psíquico inerente ao ser humano, por exemplo, a satisfação pessoal do trabalhador em realizar determinada atividade; a sensação de ser útil para a comunidade em que vive; ser merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e dos particulares; ser realmente livre para escolher o seu trabalho etc.; b) o extrínseco (objeto): representando as condições materiais previstas nas normas em geral reguladoras do ato de trabalhar, tais como: remuneração adequada e justa, sem discriminação de qualquer natureza; limite máximo e mínimo de duração da jornada de trabalho (diária e semanal); normas de higiene e segurança relacionadas ao meio ambiente do trabalho e à proteção da maternidade; concessão de férias, repouso semanal e feriados remunerados; licenças médicas em geral; normas proibitivas do trabalho infantil e do trabalho escravo etc.” (MARTINS, 2017, p. 41-42).

²⁶² A expressão ‘todos’ compreende os brasileiros e estrangeiros residentes no país; a coletividade de pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato.

²⁶³ Os critérios existentes de diferenciação entre as pessoas objetivam a imposição de uma igualdade substancial entre os que, naturalmente, são desiguais. Trata-se do estabelecimento de um tratamento jurídico desigual entre as pessoas para que se obtenha uma maior igualdade substancial e não uma igualdade meramente formal. O princípio de não discriminação representa, na verdade, aplicação ampla do princípio da isonomia consagrado no art. 5º, *caput* da Constituição.

Como a saúde é um direito de todos, deverá estar protegida no meio ambiente do trabalho saudável e equilibrado - direito fundamental do cidadão trabalhador (arts. 7º, XXII, 225, *caput* e 200, VIII da CF) - por medidas e ações preventivas a fim de reduzir os riscos ambientais e psicossociais. Logo, a tutela jurídica labor-ambiental é ampla, estando prevista em normas internacionais e nacionais, consoante assertivas de Leite (2019, p. 720):

A concepção moderna de meio ambiente do trabalho, portanto, está relacionada com os direitos humanos, notadamente o direito à vida, à segurança e à saúde. Esses direitos, na verdade, constituem corolários dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da cidadania.

Supera-se, assim, a concepção tradicional da doutrina juslaboralista pátria, calcada apenas nas normas técnicas da CLT e das Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego, que preconizam o meio ambiente do trabalho tão somente sob a perspectiva da medicina, higiene e segurança do trabalho.

Assim, há *conexão*²⁶⁴ entre o princípio da prevenção²⁶⁵ previsto no Direito Ambiental e o princípio da proteção existente no Direito do Trabalho para a tutela labor-ambiental, sobretudo ao nortear as normas de segurança e saúde previstas nos arts. 154 a 201 da CLT, nas convenções e acordos coletivos, nas normas internacionais etc., protegendo a vida, a saúde e a dignidade do trabalhador.

²⁶⁴ Esta concepção foi inicialmente desenvolvida em GAMBA; MONTAL (2012).

²⁶⁵ O princípio da prevenção está disciplinado no art. 225, *caput* da Constituição, sendo o megaprincípio ambiental fundamentado no Princípio nº 15 da Declaração do Rio de Janeiro de 1992. A sociedade como um todo deve possuir consciência ecológica no intuito de estabelecer contínua ação preventiva aos danos ambientais, inclusive mediante a educação ecológica.

Logo, enquanto propriedade particular, a empresa empregadora está submetida à *função socioambiental* constitucional (arts. 5º, XXII e XXIII e 225, CF) que ampara sua responsabilidade social na proteção ao meio ambiente do trabalho sadio e equilibrado no intuito de concretizar o direito ao trabalho digno. Inclusive, a Constituição fixou no art. 170 os princípios gerais da atividade econômica, garantindo a propriedade privada e a livre iniciativa com assento na valorização do trabalho humano.

Resta saber se tais preceitos estão sendo efetivados no regime do teletrabalho, conforme a seguir analisado.

2 O TELETRABALHO E O AGRAVAMENTO DOS RISCOS PSICOSSOCIAIS NA PANDEMIA DE COVID-19

A Constituição vinculou o meio ambiente, inclusive o do trabalho, à ordem social e econômica, devendo as empresas, no exercício da livre iniciativa, atuarem em conformidade com a função socioambiental da propriedade, inclusive nas atividades laborativas que fazem uso da tecnologia, como é o caso do teletrabalho.

No âmbito de mudanças profundas no mundo do trabalho com a adoção de novos padrões técnicos, sistemas informatizados, plataformas digitais etc. deve-se priorizar ações mais efetivas e práticas pelas empresas no intuito de prevenir os acidentes de

trabalho²⁶⁶, as doenças profissionais²⁶⁷ e do trabalho²⁶⁸. Em atendimento aos preceitos e princípios constitucionais, a condição humana no ambiente laboral deverá sempre ser garantida sob pena de se cancelar a escravidão digital moderna.

Nesse contexto, a pandemia mundial causada pelo coronavírus - denominado SARS-CoV-2 - afetou profundamente os países, especialmente latino-americanos, com reflexos econômicos, políticos e sociais, havendo, ainda, impactos locais, regionais e globais imensuráveis. Tal situação se refletiu profundamente nas relações sociais e de trabalho e, por conseguinte, foram criadas normas para amenizar a grave crise de saúde pública.

A Lei nº 14.020/2020, oriunda da conversão da Medida Provisória (MP) nº 936/2020, instituiu o *Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda*, dispondo sobre o enfrentamento do Estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 06, de 20 de março de 2020, e de emergência de saúde

²⁶⁶ O art. 19 da Lei nº 8.213/1991 considera que o *acidente típico do trabalho* é aquele ocorrido no exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte, a perda ou a redução, permanente ou temporária, da capacidade laborativa.

²⁶⁷ Doença profissional é “aquela peculiar a determinada atividade ou profissão, também chamada de doença profissional típica, tecnopatía ou ergopatía. O exercício de determinada profissão pode produzir ou desencadear certas patologias, sendo que, nessa hipótese, o nexo causal da doença com a atividade é presumido. É o caso, por exemplo, do empregado de uma mineradora que trabalha exposto ao pó de sílica e contrai silicose” (OLIVEIRA, 2014, p. 51).

²⁶⁸ A doença do trabalho “também chamada mesopatía ou doença profissional atípica, apesar de ter origem na atividade do trabalhador, não está vinculada necessariamente a esta ou aquela profissão. Seu aparecimento decorre da forma em que o trabalho é prestado ou das condições específicas do ambiente de trabalho. O grupo atual das LER/DORT é um exemplo oportuno das doenças do trabalho, já que podem ser adquiridas ou desencadeadas em qualquer atividade, sem vinculação direta a determinada profissão” (OLIVEIRA, 2014, p. 51-52).

pública de importância internacional decorrente do coronavírus previsto na Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020²⁶⁹. Especificamente, no art. 8º, §4º da Lei nº 14.020/2020, há previsão de manutenção de atividades de trabalho pelo empregado, ainda que parcialmente, por meio de teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho à distância. Além disso, a MP nº 927/2020, que perdeu vigência em 19 de julho de 2020, previa explicitamente nos arts. 4º e 5º a possibilidade de o empregador alterar o regime de trabalho presencial para teletrabalho, trabalho remoto ou outro tipo de trabalho à distância como medida de manutenção dos postos de trabalho em plena pandemia.

Logo, a fim de se respeitar o necessário isolamento e distanciamento sociais apregoados pelas autoridades públicas, as empresas – em cumprimento à sua função socioambiental - estimularam o exercício de atividades laborativas na residência dos trabalhadores, mediante o uso dos meios telemáticos, principalmente nas modalidades de *homeoffice* e de teletrabalho, sendo este último com vínculo empregatício.

O teletrabalho foi regulamentado pela Lei nº 13.467/2017, inserindo-o no *Capítulo II-A* da CLT e conceituando-o como a “prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo” (art. 75-B, *caput*, CLT).

²⁶⁹ Há diversas normas (leis, decretos, portarias, medidas provisórias etc.) – chamada de legislação de emergência – editadas para atender e regulamentar esse momento de pandemia de COVID-19, principalmente os seus impactos nas relações de trabalho e na economia. Entretanto, em razão dos limites metodológicos desse ensaio, não serão aqui analisadas pormenorizadamente.

O art. 6º da CLT – com redação da Lei nº 12.551/2011 - já previa a impossibilidade de se distinguir entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado à distância, desde que os pressupostos da relação de emprego estivessem caracterizados, a saber: pessoalidade, pessoa física, habitualidade, subordinação e onerosidade. Para fins de reconhecimento da subordinação jurídica, os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão do trabalho alheio se equiparam aos meios pessoais e diretos.

No teletrabalho há a *telessubordinação* que é mais tênue do que a normal, ou seja, há uma subordinação à distância porque o empregado trabalha fora do estabelecimento do empregador normalmente através do uso de computador, celular, *IPAD* etc., sendo controlado com base na produção realizada, em relatórios, *e-mails* e *WhatsApps* enviados, clientes contatados, vendas realizadas entre outros. Portanto, estão presentes todos os elementos caracterizadores da relação de emprego, devendo tal modalidade de contratação gozar de ampla tutela labor-ambiental.

Na prevenção dos riscos psicossociais no teletrabalho dever-se-á utilizar o *Programa de Prevenção de Riscos Ambientais* (PPRA) previsto na Norma Regulamentadora (NR) nº 9. Assim, visa-se a preservação da saúde e integridade dos trabalhadores por meio da antecipação, reconhecimento, avaliação e conseqüente controle da ocorrência de riscos ambientais existentes ou que venham a existir no ambiente de trabalho, considerando a proteção do meio ambiente e dos recursos naturais (item 9.1.1 da NR-9).

No campo da preservação da saúde e da integridade físico-psíquica dos trabalhadores, o PPRA pode ser implantado em conjunto com outras iniciativas da empresa (item 9.1.1 da NR-9), inclusive se articulando com o Programa de Controle Médico de Saúde

Ocupacional - PCMSO (NR-7), os Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e Medicina do Trabalho - SESMT (NR-4) e a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes - CIPA (NR-5 e arts. 163-165 da CLT), visando a tutela efetiva ao ambiente de trabalho sadio e equilibrado. Além disso, para a segurança e a saúde laboral, são fundamentais, ainda, o uso de equipamentos de proteção individual (EPI) cujo fornecimento é obrigatório e gratuito pelos empregadores aos empregados (art. 166 da CLT e art. 21 da Convenção nº 155 da OIT²⁷⁰).

Apesar da existência dos riscos ambientais tradicionais - *riscos físicos, químicos e biológicos* - que podem acometer o teletrabalhador, é preciso analisar o adoecimento dos trabalhadores além da insalubridade e da periculosidade, enfocando os *riscos psicossociais* que possuem multidimensionalidade de causas. Segundo Baruki (2010, p. 30), os fatores psicossociais do trabalho decorrem da interação entre dois elementos: o meio ambiente do trabalho, compreendendo o conteúdo do trabalho e as condições organizacionais como um todo, bem como as habilidades, as necessidades, a cultura e as circunstâncias pessoais (externas ao trabalho) dos trabalhadores que possam influenciar a saúde, o desempenho e a satisfação no trabalho.

A NR-17 sobre *Ergonomia* apresenta, de forma tímida, o termo “psico” em alguns de seus dispositivos ao tratar da organização do trabalho, dando ensejo a se vislumbrar os riscos psicossociais presentes no meio ambiente laboral. Esta norma regulamentadora estabeleceu parâmetros que permitem a adaptação das condições de trabalho às características *psicofisiológicas* dos trabalhadores, de

²⁷⁰ A Convenção nº 155 foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 02, de 17 de março de 1992, do Congresso Nacional; ratificada em 18 de maio de 1992; promulgada pelo Decreto nº 1.254, de 29 de setembro de 1994 e entrou em vigência nacional em 18 de maio de 1993.

modo a proporcionar um máximo de conforto, segurança e desempenho eficiente (item 17.1). As condições ambientais de trabalho devem estar adequadas às características *psicofisiológicas* dos trabalhadores e à natureza do trabalho a ser executado (item 17.5.1).

Nesse contexto, entende-se que o teletrabalho - nos moldes previstos nos arts. 75-E, 62, inciso III e 611-A, inciso VIII da CLT -, agrava os riscos psicossociais, pois “a ideia linear de início e fim do trabalho é substituída pela constância com que o trabalhador executa as atividades de trabalho permanentemente conectado, produzindo e se produzindo” (LIMA; OLIVEIRA, 2017, p. 124).

O art. 75-E da CLT previu que o empregador deveria instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho, inclusive o empregado deveria assinar termo de responsabilidade, comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.

O fato de o empregador instruir os empregados acerca das medidas e precauções a tomar não o eximirá de responder, civil ou penalmente, pelo adoecimento do trabalhador quando houver nexo de causalidade entre a lesão sofrida e a atividade laborativa, inclusive no caso das *concausas*²⁷¹ entendidas como outras causas que, juntamente com a principal, concorrem para o resultado acidentário, não iniciando e nem interrompendo o processo causal, mas o reforçando.

²⁷¹ A “[...] aceitação normativa da etiologia multicausal não dispensa a existência de uma causa eficiente, decorrente da atividade laboral, que ‘haja contribuído diretamente’ para o acidente do trabalho ou situação equiparável ou, em outras palavras, a concausa não dispensa a presença da causa de origem ocupacional. Deve-se verificar se o trabalho atuou como fator desencadeante ou agravante de doenças preexistentes ou, ainda, se provocou a precocidade de doenças comuns, mesmo daquelas de cunho degenerativo ou inerente a grupo etário” (OLIVEIRA, 2014, p. 57).

A Lei nº 8.213/1991 adotou a chamada *Teoria das Concausas* no art. 21, inciso I ao estabelecer a equiparação ao acidente do trabalho daquele acidente que, *embora o trabalho não tenha sido a causa única*, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação.

Logo, o art. 75-E da CLT trará dificuldades no campo jurídico para a prevenção dos riscos psicossociais e aferição da responsabilidade civil do empregador no caso de adoecimento mental do teletrabalhador. A redação deste artigo impõe ao empregado, em regime de teletrabalho, a responsabilidade exclusiva em caso de acidente ou doença ocupacional, isentando o empregador pela mera instrução com a assinatura de termo de responsabilidade pelos empregados. Sem dúvida, esse preceito celetista chancela a figura da *culpa exclusiva da vítima*²⁷² (construção doutrinária) enquanto excludente da responsabilidade civil do empregador no teletrabalho²⁷³.

²⁷² A culpa exclusiva da vítima se caracterizaria quando a causa única do acidente de trabalho tivesse sido a conduta do empregado se, por exemplo, a própria vítima provocasse o acidente intencionalmente (presença de dolo) ou se a vítima, trabalhando em ambiente adequado, se acidentasse porque, mesmo tendo sido advertida, descumpriu as orientações e as exigências de cautela dadas pelo empregador ou seu preposto. Enfim, é a vítima que terá desrespeitado o dever geral de cautela, havendo a presença de descaso intencional ou de culpa consciente.

²⁷³ O Enunciado nº 72, da Comissão 06, elaborado pela ANAMATRA dispõe: **“TELETRABALHO: RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR POR DANOS.** A mera subscrição, pelo trabalhador, de termo de responsabilidade em que se compromete a seguir as instruções fornecidas pelo empregador, previsto no art. 75-E, parágrafo único, da CLT, não exime o empregador de eventual responsabilidade por danos decorrentes dos riscos ambientais do teletrabalho. Aplicação do art. 7º, XXII da Constituição c/c art. 927, parágrafo único, do Código Civil” (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO, 2020).

A concepção da culpa exclusiva da vítima – no caso o teletrabalhador - romperia um dos elos que conduziriam à responsabilidade do empregador: o *nexo causal*, principalmente no regime de teletrabalho em que o empregado laboraria à distância, fora do estabelecimento do empregador. Porém, o poder de direção do empregador ainda está presente no teletrabalho como o controle e a organização da atividade laborativa a partir da telessubordinação.

Caso o acidente ocorra por *culpa concorrente da vítima e do empregador*, o *nexo causal* com o trabalho ainda se manteria, mas a indenização poderia ser reduzida, sendo analisada a gravidade da culpa do empregado em confronto com a do empregador (art. 945, CC). Essas situações poderão ser alegadas judicialmente pelo empregador para se eximir da responsabilidade civil no caso de acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais no âmbito do teletrabalho. Tal situação colide com a responsabilidade socioambiental da empresa empregadora na prevenção do adoecimento dos teletrabalhadores, principalmente por doenças mentais (depressão, síndrome do pânico, *burnout*, transtornos obsessivos compulsivos etc.) que podem ser acentuadas neste momento de pandemia.

Os riscos psicossociais também se agravam no regime de teletrabalho porque há jornadas extenuantes e contínuas que ultrapassam a delimitação entre local de trabalho e local de moradia/descanso e vice-versa, impossibilitando ao teletrabalhador se desconectar efetivamente de sua atividade laborativa.

O art. 62, inciso III do texto celetista, ao excluir os empregados em regime de teletrabalho da *Seção II – Da Jornada de Trabalho*, chancela o exercício das atividades laborativas sem a observância da delimitação de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais de trabalho, bem como viola o direito ao repouso semanal remunerado

ambos com assento no art. 7º, incisos XIII e XV da Constituição, na qualidade de direitos sociais fundamentais dos trabalhadores.

Desse modo, os riscos psicossociais serão agravados com a ampliação e a intensificação desmedida das jornadas de trabalho no teletrabalho, pois há confusão entre o tempo de trabalho e o tempo de descanso. O meio ambiente laboral passa a ser também a moradia/residência do teletrabalhador contribuindo nesse processo, principalmente durante o isolamento e distanciamento sociais decorrentes da pandemia de coronavírus.

Por fim, o uso da norma coletiva para flexibilizar ainda mais as condições laborativas no regime de teletrabalho (art. 611-A, inciso VIII, CLT) contribuirá para a ampliação dos riscos psicossociais que, em razão de sua multidimensionalidade, afetam a saúde mental do teletrabalhador, sobretudo pelo isolamento no trabalho em tempos pandêmicos com extensas jornadas, podendo causar depressão, neuroses, síndrome do pânico, *burnout* etc.

Portanto, é imperioso exigir que os empregadores exerçam sua responsabilidade socioambiental na prevenção dos riscos psicossociais a fim de minimizar o adoecimento dos trabalhadores pelo uso intensivo da tecnologia nas suas atividades laborativas em especial na modalidade de teletrabalho.

CONCLUSÃO

O teletrabalho, regulamentado pela Lei nº 13.467/2017, impõe agravos à saúde mental dos trabalhadores, ampliando os riscos psicossociais ao transferir aos obreiros os riscos da atividade econômica, isentando, assim, os empregadores de suas obrigações na proteção labor-ambiental sobretudo na pandemia de COVID-19.

O art. 75-E da CLT trará dificuldade para a prevenção dos riscos psicossociais, sobretudo na aferição da responsabilidade civil do empregador pelo adoecimento do teletrabalhador. Tal dispositivo impõe explicitamente ao empregado, em regime de teletrabalho, a responsabilidade exclusiva em caso de acidente ou doença ocupacional, isentando o empregador pela simples instrução aos empregados dos riscos porventura existentes, assinando em sequência o termo de responsabilidade e, assim, chancelando a figura da *culpa exclusiva da vítima* como excludente da responsabilidade civil.

O nexo causal é mais difícil de ser demonstrado no contexto das doenças mentais/psíquicas oriundas do teletrabalho porque possui origens diversas no ambiente laboral (multicausalidades) que devem ser consideradas pelo médico do trabalho ou pela perícia judicial na análise dos casos concretos.

O art. 62, inciso III do texto celetista excluiu os teletrabalhadores da delimitação de jornada de trabalho, chancelando o exercício das atividades laborativas além dos limites constitucionais de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais de trabalho, violando, ainda, o direito ao repouso semanal remunerado (art. 7º, incisos XIII e XV, CF).

Assim, o regime de teletrabalho agrava os riscos psicossociais em razão do estabelecimento de jornadas extenuantes e contínuas que ultrapassam a delimitação entre local de trabalho e local de moradia, impossibilitando a efetiva desconexão do labor pelo teletrabalhador.

O uso da norma coletiva para flexibilizar ainda mais as condições laborativas no teletrabalho (art. 611-A, inciso VIII, CLT) contribuirá também para a ampliação dos riscos psicossociais que, em razão de sua multidimensionalidade, afetam a saúde mental do teletrabalhador, sobretudo neste momento de isolamento social

decorrente da pandemia de coronavírus, alongamento ainda mais as jornadas de labor.

Tais preceitos afrontam o direito fundamental dos trabalhadores ao meio ambiente de trabalho sadio e hígido (art. 7º, XXII, art. 225, *caput* c/c art. 200, VIII da CF), impedindo a concretização do trabalho digno, bem como fragilizando as normas de proteção à saúde e segurança no trabalho. O teletrabalho, na forma como disciplinado atualmente no texto celetista, não atende ao princípio ambiental da prevenção e nem ao princípio juslaboral da proteção, pois ambos, em íntima conexão, tutelam a proteção labor-ambiental em benefício da vida, da saúde e da dignidade do teletrabalhador.

Certamente, nos próximos anos, aumentará o número de acidentes do trabalho relacionados a doenças mentais (depressão, síndrome do pânico e de *burnout* etc.) ante o agravamento dos riscos psicossociais que alimentam a ganância desenfreada das elites econômicas em tempos de pandemia. Os encargos decorrentes dessa desordem capitalista global já estão sendo custeados exclusivamente pelos trabalhadores, mas seus impactos ainda serão sentidos por muitas décadas.

REFERÊNCIAS

Constituição:

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 16 ago. 2020.

Legislação:

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 03 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 - Planos de Benefícios da Previdência Social. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213compilado.htm. Acesso em: 04 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 04 ago. 2020.

BRASIL. Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020 - Medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm. Acesso em: 04 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 14.020, de 06 de julho de 2020 - Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14020.htm. Acesso em: 04 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 155. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236163/lang--pt/index.htm. Acesso em: 16 ago. 2020.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO - SÃO PAULO. NR 9 - Programa de prevenção de riscos ambientais.

Disponível em:
http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/NRs/NR_9.html.
Acesso em: 26 ago. 2020.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO - SÃO PAULO. **NR 17 - Ergonomia**. Disponível em:
http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/NRs/NR_17.htm.
l. Acesso em: 26 ago. 2020.

Jurisprudência:

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO. **Enunciados da 2º jornada de direito material e processual do trabalho**. Disponível em:
<https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/26227-enunciados-aprovados-na-2-jornada-de-direito-material-e-processual-do-trabalho-sao-organizados-por-tema>. Acesso em: 02 jul. 2020.

Artigos em Revistas:

GAMBA, Juliane Caravieri Martins; MONTAL, Zélia Maria Cardoso. Princípios constitucionais do direito do trabalho: relevância e aplicabilidade, discutindo paradigmas. **Revista Trabalhista da ANAMATRA**, São Paulo: LTr, v. 41, 2012, p. 73-75.

LIMA, Jacob Carlos; OLIVEIRA, Daniela Ribeiro de. Trabalhadores digitais: as novas ocupações no trabalho informacional. **Revista Sociedade e Estado**, v. 32, n. 1, jan./abr. 2017, p. 115-143.

Livros:

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**: de acordo com a reforma trabalhista (Lei n. 13.467, de 13-7-2017) e o decreto federal n. 9.507/2018. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MARTINS, Juliane Caravieri. **Trabalho digno e direitos humanos em tempos de globalização**: perspectivas para a América Latina. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2014.

ROSSIT, Liliana Allodi. **O meio ambiente de trabalho no direito ambiental brasileiro**. São Paulo: LTr, 2001.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Deteccion precoz del deterioro de la salud debido a la exposicion profesional**. Informe de um Grupo de Estudio de la OMS, Ginebra, 1975.

Teses/Dissertações/Monografias:

BARUKI, Luciana Veloso Rocha Portolese. **Saúde mental do trabalhador**: a proteção normativa insuficiente como óbice para um regime jurídico preventivo dos riscos psicossociais. Dissertação. Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico. Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2010.

CÁRCERE E TRABALHO: A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE LABORAL NA PRISÃO

PRISON AND LABOR: THE NEED TO PROTECT THE WORK ENVIRONMENT IN JAIL

*Victória de Oliveira Nunes*²⁷⁴
*Maria Júlia Ferreira Mansur*²⁷⁵
*Cláudio Jannotti da Rocha*²⁷⁶

RESUMO

O presente artigo tem como finalidade precípua analisar o trabalho prisional, e por isso realizar uma correlação entre o Direito do

²⁷⁴ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro do Grupo de Pesquisa Trabalho, Seguridade Social e Processo (UFES-CNPq). Bolsista no Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (Pibic) – UFES. E-mail: victoria_oliveiran@hmail.com.

²⁷⁵ Aluna Especial do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo (PPGDIR-UFES). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro dos Grupos de Pesquisa “O direito civil na pós-modernidade jurídica” (UFES-CNPq) e “Trabalho, seguridade social e processo: diálogos e críticas” (UFES-CNPq). Advogada. Pesquisadora. mjfmansur@gmail.com.

²⁷⁶ Professor Adjunto do Departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), no curso de Graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito Processual (PPGDIR). Pós-Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Doutor e Mestre em Direito na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS). Líder do Grupo de Pesquisa “Trabalho, seguridade social e processo – diálogos e críticas” (UFES-CNPq). Membro do Grupo de Pesquisa “Trabalho, constituição e cidadania” (UnB-CNPq). Membro da Rede Nacional dos Grupos de Pesquisa em Direito do Trabalho e Seguridade Social (RENAPEDTS) e da Rede de Grupo de Pesquisas em Direito e Processo do Trabalho (RETRABALHO). Autor de livros e artigos publicados no Brasil e no Exterior. Advogado. Pesquisador. claudiojannotti@hotmail.com.

Trabalho e o Processo Penal (mormente a Execução Penal), tendo como matriz epicentral o direito fundamental ao meio ambiente laboral digno. Para tanto, serão examinadas as condições do sistema penitenciário brasileiro e os dispositivos da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal) que disciplinam o labor no cárcere, com o intuito de se comprovar a hipótese ora proposta: a insuficiência da proteção conferida ao apenado trabalhador e a necessidade de se garantir um meio ambiente de trabalho digno no cárcere, considerando-se as finalidades prescritas pela Lei de Execução Penal e o direito fundamental ao resguardo da vida, da segurança e da saúde no ambiente laboral.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito do Trabalho. Direito Penal. Meio ambiente do trabalho. Execução Penal.

ABSTRACT

The main purpose of this article is to analyze prison work and, therefore to establish a correlation between Labor Law and Criminal Law, having as its epicentral matrix the fundamental right to a decent work environment. Hence, the conditions of the Brazilian penitentiary system will be examined, as well as Law no. 7210/1984, in order to demonstrate the following hypothesis: the insufficiency of the protection offered to the working inmate and the need to guarantee a decent work environment in prison, considering the purposes prescribed by Law no. 7210/1984 and the fundamental right to life, safety and health protection in the work environment.

Keywords: Constitutional Law. Labor Law. Criminal Law. Work environment. Prison system.

INTRODUÇÃO

Em primeiro plano, cumpre trazer à baila que o presente artigo tem por escopo temático a associação entre cárcere e trabalho, considerando-se a relevância atribuída pelo ordenamento jurídico

brasileiro às atividades laborativas desempenhadas na prisão e o atual estado do sistema penitenciário brasileiro. Busca-se, portanto, examinar a interface entre Execução Penal e Direito do Trabalho, com vistas a estabelecer um arcabouço jurídico mínimo para a proteção do apenado trabalhador.

Cumprido destacar que, muito embora a relação binária entre estes dois ramos do Direito seja pouquíssima estudada, ela é fundamental, tendo em vista que ocorre na própria gênese de cada um deles, sendo impossível dissociá-los, sob o risco de seriamente analisá-los de maneira claudicante. Nos sábios dizeres de Vera Malaguti Batista:

Na história da Criminologia aprendemos como os sistemas penais só podem ser compreendidos a partir do mundo do trabalho. O livro fundador da Criminologia Crítica, Punição e Estrutura Social de Rusche e Kirchheimer, revelou como o processo de acumulação do capital na Europa Ocidental produziu o dispositivo da prisão relacionando-o ao mercado de trabalho. Entre os séculos XVI e XVIII as workhouses eram a contrapartida de trabalho compulsório das manufaturas. No século XIX a consolidação da prisão como principal pena do Ocidente tinha relação direta com a revolução industrial e a forma fábrica. Assim, o sistema penal tangia a mão de obra de trabalhadores sem terra para o trabalho obrigatório na prisão ou na fábrica. (BATISTA, 2020).

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 é minuciosa na declaração dos direitos de todos os trabalhadores (e não somente dos empregados), sejam eles urbanos ou rurais, embora não pretenda encerrar em si mesma a proteção a eles destinada, permitindo o desenvolvimento e a incorporação de novas garantias que visem à melhoria de sua condição social.

Lado outro, considerando-se a indissociabilidade entre a

proteção do trabalhador e a regulação de seu meio ambiente laboral, ganham particular relevância as normas destinadas à redução dos riscos inerentes ao trabalho e à proteção da saúde, higiene e segurança do trabalhador.

Muito embora esteja excluído da proteção celetista, conforme *ut supra*, o texto constitucional é destinado a todo e qualquer trabalhador, e corolário lógico, deve-se observar o trabalho prisional, que desempenha papel precípua na ressocialização do indivíduo infrator.

Assim, apresenta-se neste artigo a seguinte problemática: como o direito fundamental ao meio ambiente saudável e seguro deve ser efetivado no trabalho prisional?

Nessa perspectiva, serão analisados os dispositivos da Lei Maior que fundamentam a proteção ao meio ambiente do trabalho digno, bem como a Lei de Execução Penal e demais normas infraconstitucionais, utilizando-se o método jurídico-descritivo e a pesquisa bibliográfica e documental para apontar a instrumentalidade do trabalho prisional e a necessidade de maior proteção a essa modalidade laboral.

Ressalte-se ainda que o presente trabalho integra os estudos realizados em projeto de Iniciação Científica, fomentado pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), estando vinculado ao grupo de pesquisa “Trabalho, Seguridade Social e Processo: diálogos e críticas (UFES-CNPq)” e enquadrando-se na temática “Constituição, Trabalho e Processo: a dignidade da pessoa humana como matriz epicentral do Estado Democrático de Direito”.

1 DO CÁRCERE: ORIGENS E FUNÇÕES

A história do cárcere está diretamente conectada com a

história do modo de produção capitalista. Isso porque o surgimento da prisão, enquanto pena autônoma, remonta aos primórdios do capitalismo mercantil, muito embora já existissem locais destinados ao encarceramento de delinquentes desde a Antiguidade.

Nesse contexto, é possível afirmar que o surgimento do sistema penitenciário, na Europa do século XVI, serviu para atender aos desígnios da burguesia comercial durante a fase pré-industrial do capitalismo, momento em que buscava-se difundir a disciplina burguesa orientada para o trabalho, além de “dobrar” a capacidade de resistência do futuro proletariado, tornando-o dócil e disciplinado, até por fim aliená-lo completamente (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 38). Assim:

A história das instituições segregadoras e da ideologia que as preside é reconstruída a partir desta necessidade fundamental de valorização do capital. Por isso, seu caráter subalterno em relação à fábrica, que não é mais do que a extensão da organização do trabalho capitalista fora da fábrica, é a hegemonia que o capital exerce sobre o conjunto das relações sociais. (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 77).

Em um primeiro momento, almejou-se ao recolhimento da grande massa de ociosos, vagabundos, ladrões e autores de pequenos delitos que vinha formando-se nas cidades, submetendo-os ao trabalho forçado nas longínquas *workhouses* (“casas de trabalho”) e nas *houses of correction* (“casas de correção”) europeias (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 13).

Progressivamente, a prisão, antes utilizada como local para se manter o criminoso até a execução de sua pena definitiva, normalmente o castigo físico ou a pena de morte, adquiriu o caráter de pena autônoma, atendendo também às reivindicações iluministas por maior humanização e racionalização das penas (RUSCHE;

KIRCHHEIMER, 2004, p. 110).

Há, desse modo, uma intrínseca relação entre cárcere e trabalho, entre o apenado e o trabalhador braçal, entre o preso e o “chão de fábrica”. Isso porque as duas instituições, cárcere e fábrica, almejam ao controle dos corpos, disciplinando-os, seja pela retribuição do mal do crime, seja pela necessidade de produzir, de lucrar, de explorar. Nenhuma delas pretende libertar, mas sim escravizar ou até mesmo eliminar. Nesse sentido:

A disciplina fabrica assim corpos submissos e exercitados, corpos "dóceis". A disciplina aumenta as forças do corpo (em termos econômicos de utilidade) e diminui essas mesmas forças (em termos políticos de obediência) [...] a coerção disciplinar estabelece no corpo o elo coercitivo entre uma aptidão aumentada e uma dominação acentuada (FOCAULT, 1987, p. 119).

Desse modo, quando o Direito do Trabalho se omite ou se mostra insuficiente, o Direito Penal avultua-se. Quanto menos aquele é eficiente, mais este atuará; é uma nítida relação de causa e efeito. É bastante tênue a linha que separa criminalidade e subemprego, infelizmente as únicas possibilidades oferecidas para aqueles que são compelidos a viver na marginalidade. Dentro ou fora da prisão, são oferecidas poucas ou nenhuma perspectiva de vida, o que resulta na perpetuação do ciclo da criminalidade, da pobreza e da exploração laboral. Trata-se de um círculo vicioso, que opera-se de maneira quase imperceptível para grande parte da sociedade. Somente com um olhar crítico e humanista é que ele passa a ser observado.

Nessa perspectiva, não restam dúvidas quanto à estreita relação entre cárcere e trabalho, unidos desde os primórdios do capitalismo, notadamente diante da previsão, pela Lei de Execução Penal, deste como propulsor da ressocialização prisional, sendo

imprescindível a garantia de condições materiais mínimas capazes de alcançar tal finalidade e preservar a dignidade da pessoa humana.

2 DO MEIO AMBIENTE PRISIONAL NO BRASIL

O estágio atual do sistema penitenciário brasileiro é de um depauperamento sem precedentes. Seus mais de 755 mil custodiados (BRASIL, 2020) sobrevivem em meio a celas superlotadas, sem ventilação adequada, com esgoto aberto nas galerias e entre os surtos das mais diversas e esdrúxulas doenças (muitas já extintas entre nós), além de receberem alimentação insuficiente e terem que disputar as escassas vagas de trabalho e estudo disponíveis.

A falência da política brasileira de encarceramento restou evidente no julgamento, ainda que em sede liminar, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, na qual o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário pátrio

Nessa perspectiva, o sistema prisional brasileiro representa frontal ofensa a diversos princípios da Constituição Federal, dentre eles a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), a vedação da tortura, do tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, inciso III), o da proibição de sanções cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”), além de violar também o direito ao respeito à integridade física e moral dos presos (artigo 5º, inciso XLIX) e diversas normativas de direito internacional, como as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos (Regras de Mandela).

Dentre os fatores que contribuíram para a formação dessa complexidade, destacam-se o desmantelamento do Estado de Bem-Estar Social, a partir do final do século XX, e a consequente adoção de políticas criminais de direito penal máximo, as quais, fundadas

na intolerância e no retributivismo, serviram apenas para aumentar a seletividade do sistema penal e o encarceramento em massa.

Nesse contexto, a consequência não poderia ser outra que não o colapso total das instituições penitenciárias. Assim, segundo Zaffaroni:

A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício do poder de todos os sistemas penais. (1991, p. 15).

Considerando-se, portanto, que o depauperamento do sistema prisional brasileiro é consequência inevitável de um sistema penal totalmente estruturado para a criminalização da pobreza, a superação dessa conjuntura exigiria, logicamente, a articulação entre todos órgãos, poderes e instituições responsáveis por esse colapso.

Desse modo, em vista dos aspectos observados, conclui-se que o meio ambiente do cárcere no Brasil é absolutamente ineficiente e inoperante para a persecução das finalidades prescritas na Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84), além de atentar contra os princípios mais basilares da Constituição Federal, em especial o da dignidade da pessoa humana, devendo o paradigmático julgamento da ADPF 347 refletir em mudanças concretas na realidade prisional brasileira, sob pena de converter-se em mero constitucionalismo simbólico.

3 DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO NO CÁRCERE: PROTEÇÃO À SAÚDE E À SEGURANÇA DO APENADO TRABALHADOR

A sociedade atual é definida pelos riscos que a cercam. Nesse contexto, a proteção ao meio ambiente e a preocupação com a qualidade de vida das gerações futuras despontam como prioridade na seara da responsabilidade civil. Social e juridicamente, lida-se, cada vez mais, com o conceito de risco (ROSENVALD, 2020, p. 97).

Exatamente por isso, a Constituição Federal dedicou um capítulo inteiro à defesa do meio ambiente. Essa proteção foi, então, estendida ao ambiente laboral, tendo em vista a necessidade de se preservar a qualidade de vida, a saúde e a segurança do trabalhador.

Nessa perspectiva, verifica-se que a maior preocupação é com a promoção e a garantia da saúde humana, com atenção não só a fatores físico-ambientais, mas também à interação homem/técnica e às relações interpessoais estabelecidas no ambiente de trabalho, de modo que a observação da dimensão mental é fundamental para a avaliação da dignidade do meio ambiente laboral (MARANHÃO, 2020, p. 120-121).

Transpondo essa percepção para o domínio do trabalho prisional, observa-se uma grave subversão das normas, nacionais e internacionais, que estabelecem patamares mínimos de trabalho digno, haja vista as infaustas condições do sistema penitenciário brasileiro e a ausência de qualquer preocupação com a segurança do apenado trabalhador.

Desse modo, indispensável que este tenha acesso a equipamentos de segurança, que sejam reservados horários para descanso e alimentação, que os salários sejam justos e compatíveis

com as funções desempenhadas, que os ofícios possam, com efeito, agregar conhecimentos e habilidades úteis ao retorno do preso à vida em sociedade, que seja respeitada a carga horária máxima de trabalho, que o uso da vigilância e do aparato repressor não seja excessivo, dentre outros.

Buscar-se-á, portanto, analisar as diferentes espécies de trabalho prisional, a partir da doutrina da proteção ao meio ambiente laboral, considerando-se a necessidade de se resguardar a dignidade da pessoa humana submetida ao cárcere, sua incolumidade física e psíquica, além de promover a ressocialização prisional.

3.1 Das espécies de trabalho no cárcere

De acordo com o que preceitua a Lei de Execução Penal, o trabalho prisional poderá ser realizado internamente, nas dependências do estabelecimento prisional, ou externamente, sendo que, para esta última modalidade, deverá ser observado o cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena (art. 37).

Ademais, consoante o artigo 28, § 2º, o trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), de modo que a regulação dessa atividade se exaure quase que completamente na Lei de Execução Penal.

3.1.1 Do trabalho regido pela LEP

O trabalho prisional é, em regra, disciplinado pela Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84) no Capítulo III, entre as Seções I (Disposições Gerais), II (Do Trabalho Interno) e III (Do Trabalho Externo), bem como ao longo da referida norma, direta ou indiretamente.

Inicialmente, cumpre trazer à baila que o artigo 1º da Lei n. 7.210/84 define como um dos objetivos da execução penal, no Brasil: “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. Mais adiante, dispõe, em seu art. 28, que “o trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva”.

Nessa perspectiva, o trabalho prisional é apontado como um dos instrumentos indispensáveis à ressocialização do indivíduo infrator, sendo inclusive identificado como condição necessária à concretização da dignidade humana, na esteira do que sedimentou a Constituição Federal de 1988.

Esta, ao definir como fundamentos da República “os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa” (art. 1º, IV), proclamar como um de seus objetivos o bem-estar de todos (art. 3º, IV) e reconhecer o meio ambiente do trabalho como parte integrante do meio ambiente em geral (arts. 200, VIII, e 225), inaugurou o giro hermenêutico necessário para a tutela integral do trabalho humano no Estado Democrático de Direito (DELGADO; DIAS, 2020, p. 143).

No que se refere ao trabalho prisional, verifica-se que ele poderá ocorrer de duas formas: dentro do estabelecimento prisional ou fora dele. Na primeira hipótese, o mais comum é que as atividades realizadas digam respeito ao funcionamento e à organização da própria unidade.

Não obstante, para melhor gerencia-lo, a LEP conferiu aos Entes Federados a possibilidade de criar fundação ou empresa pública, com autonomia administrativa, exigindo apenas que o trabalho gerido por elas tenha por objetivo a ressocialização do apenado (art. 34). Poderão, também, mediante celebração de convênio com a iniciativa privada, implantar oficinas de trabalho

referentes a setores de apoio dos presídios (art. 34, § 2º).

Por sua vez, o trabalho externo, em razão de sua própria natureza extramuros, apresenta algumas peculiaridades. A primeira delas é que, no caso de apenados que cumprem pena em regime fechado, este somente será admissível para a execução de serviços ou obras públicas, seja por órgão da Administração Direta e Indireta ou por entidades privadas (prestando serviços públicos), “desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina” (art. 36, *caput*). Há, ainda, um limite quanto à quantidade de condenados em regime fechado que poderão integra-lo, o qual corresponde a 10% do total de empregados na obra (art. 36, § 1º).

Ressalte-se ainda que, sempre que o trabalho externo for prestado à entidade privada, é necessário o consentimento expresso do apenado, independentemente do regime prisional. Este ponto é de crucial importância para a averiguação da existência ou não de liame empregatício entre o preso e a iniciativa privada, mesmo com a ressalva trazida pelo § 2º do artigo 28, hipótese que será analisada oportunamente.

Por ora, conclui-se que, em se tratando de trabalho interno, gerido ou não por fundação ou empresa pública, realizado ou não em oficinas criadas através da celebração de convênio com a iniciativa privada, há, tão somente, relação de direito público entre o apenado e o Estado, haja vista a irrelevância de seu consentimento e o caráter eminentemente ressocializador do labor cumprido.

3.1.2 Do trabalho prisional extramuros e a marginalização celetista

As formas de trabalho humano, em uma perspectiva geral e abrangente, transformaram-se drasticamente a partir do limiar do

século XXI, momento em que o advento da globalização, da cyberização, do neoliberalismo, da *gig economy* e da *sharing economy*, que emergiram a 4ª Revolução Industrial, impactaram significativamente o bojo de proteção do trabalhador e da relação de emprego, descaracterizando-a, violando-a, mediante a diminuição da importância estatal na definição dos direitos daquele, sob a tônica da liberdade camuflada no discurso do empreendedorismo.

Sob essa lógica, é certo que o trabalho prisional não poderia ter trilhado caminho diferente. Desde a entrada em vigor da Lei de Execução Penal, em julho de 1984, nota-se, cada vez mais, a presença da iniciativa privada no gerenciamento e na promoção do trabalho prisional.

A preocupação central reside na modalidade externa dessa atividade. Isso porque, nos casos de trabalho interno, as possibilidades de participação do setor privado são reduzidas, estando limitadas à finalidade precípua de promoção da “formação profissional do condenado”.

Contudo, o labor extramuros não se sujeita a esta mesma exigência, de modo que, não raramente, observa-se a preponderância da função produtiva (leia-se: exploratória), estando o apenado submetido a condições degradantes de trabalho, com segurança precária ou inexistente e sem proteção à sua incolumidade física e psíquica, em ofícios exaustivamente mecânicos, sem qualquer função reabilitadora.

Nessa perspectiva, a Lei de Execução Penal, embora tenha admitido a participação do ente privado na promoção do trabalho prisional, optou por excluir todas as espécies de labor carcerário do arcabouço jurídico ofertado pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), facilitando a instauração de práticas abusivas e superexploratórias, quando do emprego de mão de obra cativa.

É preciso, contudo, fazer uma distinção entre as modalidades de trabalho no cárcere. Conforme dito anteriormente, o trabalho prisional interno ainda é menos afetado pela imiscuição da iniciativa privada, apresentando, em tese, finalidades eminentemente ressocializadoras. Diz-se “em tese”, pois o presente Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro é declaradamente incapaz de oferecer condições mínimas de subsistência, quanto mais de trabalho digno (quando existente).

Em contrapartida, verifica-se que o labor extramuros, prestado a instituições privadas, deve sim receber o manto de proteção das leis trabalhistas (constitucionais e infraconstitucionais) atualmente vigentes no país e na seara do direito internacional, tendo em vista a necessidade do consentimento expresso do preso para tanto, não sendo possível invocar sua ausência de liberdade como pretexto para negar-lhe tal proteção.

Nota-se, ainda, que o progressivo interesse privado no emprego dessa força de trabalho reside justamente na ausência de obrigações trabalhistas, no baixíssimo valor da mão de obra e na subserviência possibilitada pelo gigantesco aparato repressivo e pela vigilância constante, as quais retiram do apenado sua própria condição humana, nos exatos termos demonstrados por Hannah Arendt (2017).

A incidência das leis trabalhistas estabelecidas no patamar mínimo civilizatório (DELGADO, 2020, p. 1614), sobre o trabalho externo, dar-se-á de maneira obrigatória, para que assim o trabalhador/apenado tenha acesso aos direitos básicos que farão com que sua dignidade seja assim reconhecida, bem como sua cidadania efetivada e sua ressocialização alcançada.

Conclui-se, portanto, que, para a garantia de padrões mínimos de dignidade no trabalho prisional externo, se faz

imprescindível o reconhecimento do liame entre o apenado e o ente privado. Esse reconhecimento garante que o apenado seja resguardado pela matriz trabalhista que atualmente regula as condições mínimas para o trabalho seguro, considerando-se a centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na ordem jurídica, seja ela condenada pelo cometimento de um delito ou não.

CONCLUSÃO

No presente artigo, dedicou-se atenção ao trabalho prisional e suas diferentes modalidades previstas pela LEP, à luz da relação entre trabalho, meio ambiente, saúde e dignidade humana, estabelecida na Constituição Federal.

Nessa perspectiva, considerando-se a instrumentalidade do trabalho prisional para a promoção da ressocialização do condenado, reputa-se crucial a garantia de um meio ambiente laboral digno, capaz de devolver-lhe a autoestima e prepara-lo para o reingresso na sociedade, garantindo-lhe toda a proteção do patamar civilizatório mínimo de direitos fundamentais que consubstanciam o trabalho digno (DELGADO; DIAS, 2020, p. 143), tanto no trabalho interno, como no externo.

Dado o exposto, após minuciosa análise, conclui-se que a promoção do trabalho prisional digno e do meio ambiente laboral seguro poderá recair tanto sobre o Estado, quanto pela iniciativa privada.

Assim, no primeiro caso, há, tão somente, uma relação jurídica de direito público. Em contrapartida, o labor prisional externo, ofertado por ente privado, exige a proteção que oferece o arcabouço jurisdicional trabalhista atualmente vigente no país, além do reconhecimento do liame trabalhista entre o apenado e o ente

privado, sendo que em ambos o direito ao meio ambiente de trabalho digno deverá ser observado e efetivado, afinal é um direito fundamental de todo e qualquer trabalhador brasileiro.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

BATISTA, Vera Malaguti. Prefácio. In: ROCHA, Cláudio Jannotti da; MADUREIRA, Claudio; CARVALHO, Letícia Fabres de; MATTOS, Luciléa da Conceição Fabres de; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. **Direito, Processo e Justiça em Debate**: estudos em homenagem ao Professor Thiago Fabres de Carvalho, Curitiba: Editora CRV, 2020, mimeografando.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Dezembro de 2019. 09 abr. 2020. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiaZTlkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFIMDktNzRlNmFkNTM0M0MlWi3liwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05M0YyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9> >. Acesso em: 24 ago. 2020.

DELGADO, Gabriela Neves; DIAS, Valéria de Oliveira. Direito fundamental ao trabalho digno e meio ambiente de trabalho saudável: uma análise sob a perspectiva do assédio organizacional. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães, *et al.* (Coords). **Direito Ambiental do trabalho**: apontamentos para uma teoria geral, volume 5. São Paulo: LTr, 2020.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. 21. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

MARANHÃO, Ney. Direito fundamental ao equilíbrio do meio ambiente do trabalho. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães, *et al.* (Coords). **Direito Ambiental do trabalho: apontamentos para uma teoria geral**, volume 5. São Paulo: LTr, 2020.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica: As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. A responsabilidade civil ambiental na sociedade de risco. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães, *et al.* (Coords). **Direito Ambiental do trabalho: apontamentos para uma teoria geral**, volume 5. São Paulo: LTr, 2020.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991

DIREITO FUNDAMENTAL À DESCONEXÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO – REFLEXÕES SOBRE SUA REGULAÇÃO NORMATIVA

FUNDAMENTAL RIGHT TO DISCONNECTION IN LABOUR RELATIONS - REFLECTIONS ON ITS NORMATIVE REGULATION

*Ênio Borges Campos*²⁷⁷
*Ney Maranhão*²⁷⁸

RESUMO

Busca-se problematizar o direito fundamental à desconexão nas relações de trabalho. Contextualiza-se a discussão à luz da sociedade digital, dos riscos psicossociais envolvidos e de experiências legislativas estrangeiras. Conclui-se que, no Brasil, no plano abstrato, mesmo diante das complexidades da sociedade digital, malgrado se tenha supedâneo jurídico suficiente para se resguardar o direito fundamental obreiro à desconexão, grassa ainda sobre o assunto incômodo cenário de sistêmica paralisia normativa (autônoma e heterônoma), a atingir, pois, empresários, sindicatos, Estado e sociedade em geral. A pesquisa é qualitativa, eminentemente bibliográfica, tendo sido utilizado o método hipotético dedutivo.

²⁷⁷ Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Faculdade Damásio de Jesus. Especialista em Direito Público pela Faculdade Damásio de Jesus. Email: enioborgescampos@hotmail.com.

²⁷⁸ Professor de Direito do Trabalho da UFPA (Graduação, Mestrado e Doutorado). Doutor em Direito do Trabalho pela USP. Titular da Cadeira nº 30 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Juiz Titular de Vara da Justiça do Trabalho da 8ª Região (PA-AP). E-mail: ney.maranhao@gmail.com

Palavras-chave: Direito à desconexão. Saúde do trabalhador. Direito comparado.

ABSTRACT

It seeks to problematize the fundamental right to disconnect in labor relations. The discussion is contextualized in the light of the digital society, the psychosocial risks involved and foreign legislative experiences. It is concluded that, in Brazil, on the abstract plane, even in the face of the complexities of the digital society, despite having sufficient legal background to safeguard the fundamental worker right to disconnection, there is still an uncomfortable subject of systemic normative paralysis (autonomous and heteronomous), thus reaching entrepreneurs, unions, the State and society in general. The research is qualitative, eminently bibliographic, using the hypothetical deductive method.

Keywords: Right to disconnect. Worker's health. Comparative Law.

INTRODUÇÃO

Analisando a história do Direito do Trabalho, pode-se perceber, com facilidade, que este ramo especializado do Direito sempre manteve a jornada de trabalho e, por consequência, a saúde dos trabalhadores, como alvo de suas preocupações básicas.

Mesmo antes do surgimento da Organização Internacional do Trabalho, com o Tratado de Versailles (1919), esta já era uma grande preocupação social, sendo objeto de vários debates, estudos e lutas em prol de melhores condições de trabalho para os obreiros. Tal fato pode ser observado pelas ainda rudimentares e incipientes, mas de grande importância para o contexto histórico, normas que marcaram o início do Direito do Trabalho, como a conhecida norma inglesa *Peel's Act*. (DELGADO, 2017, p. 98 a 105).

No decorrer da história, nota-se um contínuo avanço nessa proteção, marcado por importantes marcos, como o Manifesto Comunista de 1848, movimentos sindicais na Europa e Estados Unidos, Conferência de Berlim de 1890, Encíclica *Rerum Novarum* de 1891, Constituição Mexicana de 1917, dentre outros.

Com o surgimento da Organização Internacional do Trabalho (1919), a preocupação com a limitação do tempo de dedicação ao trabalho por parte do obreiro, bem assim com sua saúde física e psíquica, continuou a ser a tônica do Direito do Trabalho. Exemplo disso é que a primeira convenção dessa importante organização internacional trata de duração do trabalho na Indústria, dando início a diversos tratados internacionais deste organismo internacional com temas correlatos.

A preocupação com essa questão pode ser observada, também, em diversos outros diplomas internacionais, tais como o artigo 24 da Declaração Universal de Direitos do Homem (que destaca que “toda pessoa tem direito ao repouso e aos lazeres, especialmente a uma limitação razoável da duração do trabalho e a férias periódicas pagas”) e artigo 7º, “d” do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais²⁷⁹.

Indiscutível, portanto, que a limitação do tempo de dedicação ao trabalho e, conseqüentemente, desconexão, é um ideal que foi conquistado por árduas lutas sociais de diversas gerações.

Em termos diretos, o direito à desconexão consiste no direito do trabalhador de dedicar-se, fora de seu horário de trabalho e observados os limites legais, a atividades alheias ao labor, sem

279 Tratado este que “foi adotado, juntamente com Pacto Internacional Relativos aos Direitos Civis e Políticos, com o objetivo de regulamentar, em forma de tratado ratificável, os direitos humanos consagrados na nova Declaração Universal dos Direitos do Homem” (SÜSSEKIND, 2000, p. 26 e 27).

preocupar-se em ter que responder contatos eletrônicos feitos por colegas de trabalho ou superiores hierárquicos para desempenhar qualquer atividade laboral ou sentir temor por não laborar ou ficar à disposição do empregador ou tomador de serviços no período destinado ao seu descanso.

Em suma, trata-se de qualificação jurídica positiva de uma espécie de direito ao “não trabalho” na vigência de um contrato laboral. Exprime, assim, em verdade, alvissareira técnica de humanização da relação jurídica laborativa, porquanto confere ao obreiro o reconhecimento jurídico de interesses próprios à sua qualidade de ser humano (ócio, descanso etc.), ou seja, interesses não atados ao seu específico e circunstancial *status* de empregado.

Tal direito pode ser abstraído de diversos outros direitos já protegidos no ordenamento jurídico brasileiro, como respeito à saúde, à jornada legal de trabalho, aos intervalos intra e interjornada, às férias, ao lazer, ao descanso, ao convívio familiar, à privacidade e à intimidade.

No contexto em que a sociedade moderna se encontra, marcado pelo constante uso de ferramentas tecnológicas, o efetivo exercício de tal direito tem se tornado difícil de alcançar, motivo pelo qual fala-se em um “direito à desconexão digital”, que nada mais é do que o próprio direito à desconexão, mas inserido no cenário marcado pela utilização de novas tecnologias de comunicação e informação, que desafiam novo olhar sobre o tema.

Hoje, sabe-se que o tempo de desconexão do trabalho é essencial para se garantir a completa higidez física e mental dos trabalhadores, vez que necessário para que o ser humano recupere-se biologicamente do gasto energético provocado pelo trabalho e detenha tempo para se dedicar ao lazer, família e atividades de sua vida privada e intimidade. Possui, portanto, o direito à desconexão íntima relação

com o respeito à dignidade da pessoa humana, saúde, privacidade e intimidade dos trabalhadores, todos eles direitos abraçados pela CRFB/1988 (BELDIN, 2018).

Ocorre que, nos últimos anos, a tecnologia evoluiu a passos largos, proporcionando uma mudança na estrutura social pela qual as relações laborais ocorrem, marcada por uma realidade em que as pessoas se encontram hiperconectadas umas com as outras e as atividades empresariais não encontram barreiras físicas ou temporais.

Neste novo panorama, a divisão entre trabalho e vida particular não se faz de maneira rígida, sendo cada vez mais comum que trabalhadores se mantenham conectados ao trabalho por meio de dispositivos eletrônicos ou tenham que responder mensagens via aplicativos ou por *e-mail* mesmo após o fim de sua jornada de trabalho. Desta forma, a utilização inadequada da tecnologia tem posto em risco conquistas históricas da humanidade no que toca ao direito à desconexão.

Em tal cenário, o papel do Direito mostra-se essencial para que a utilização da tecnologia não ocorra de forma temerária aos próprios indivíduos envolvidos na relação de trabalho, de forma imediata, e a toda a sociedade, de forma mediata. Assim, basilar que o as relações de trabalho sejam apreciadas em seu aspecto humanístico, não se esquecendo que todos os envolvidos são detentores de direitos de personalidade.

Desta feita, necessário que sejam estudadas as formas de utilização das tecnologias de comunicação e informação nas relações laborais, de maneira que o Direito exerça seu papel modulador decisivo nas relações laborais, com o fito de permitir as inúmeras benesses da tecnologia, mas sem que sua utilização tenha por norte a visão do ser humano como mero instrumento para obtenção do lucro imediato, o que colocaria em risco as próprias bases sociais.

Nesta toada, importante destacar que as novas formas de tecnologia de informação e comunicação, se bem utilizadas, podem trazer incriveis benéficos na relação laboral, como redução de custos, possibilidade de dedicação de maior tempo do trabalhador à sua família e atividades particulares por meio do teletrabalho adequadamente aplicado e redução de tempo com descolamentos.

Imperativo, assim, concluir-se que a revolução tecnológica impôs uma redefinição do regime de trabalho. Todavia, a forma como a sociedade lidará com essa redefinição é que apontará para o progresso ou retrocesso social, sendo o Direito essencial nesse contexto, modulando as mudanças sociais e protegendo o valioso patrimônio jurídico da humanidade, que é a base da sociedade moderna.

Afinal, como bem destaca Alain Supiot:

O Direito, preenche, assim, uma função dogmática – de interposição e de interdição. Esta função confere-lhe um lugar singular no mundo das técnicas: o de uma técnica de humanização da técnica. Os problemas hoje levantados pelas novas tecnologias da informação e da comunicação mostram que essa função atropológica não desaparece, quando se passa de um tipo de técnica a outro. [...] Estas relações não podem ser reduzidas a uma simples adaptação do Direito, que estaria por definição atrasada relativamente ao progresso técnico, nem a uma submissão desse progresso a princípios jurídicos imutáveis. [...] mas o seu conteúdo evolui, hoje, visivelmente, para submeter a utilização dessas tecnologias a valores propriamente humanos (SUPIOT, 2006, p. 141).

Perante esta nova realidade, enorme discussão acerca da suficiência ou não das leis vigentes se fortaleceu nos últimos anos. Tal fenômeno é mundial, tendo gerado preocupações por parte de estudiosos de diversos países, o que desencadeou, inclusive, diplomas

legais prevendo o chamado “direito à desconexão digital” na França, Itália, Espanha, Chile e Argentina. Além disso, o direito à desconexão digital é objeto de enorme preocupação da Organização Internacional do Trabalho, atualmente.

No panorama brasileiro, não há norma própria abordando especificamente o direito à desconexão digital. Entretanto, essa discussão tem ganhado cada vez mais espaço, sobretudo com a regulamentação do teletrabalho pela Lei nº 13.467 de 2017 (em especial, pelo acréscimo do inciso III ao artigo 62 da CLT) e ampliação desta forma de prestação de serviços, bem como em razão do aumento exponencial do uso de tecnologias nas comunicações ocorridas nas relações laborais. Fenômeno esse que se intensificou sobremaneira em virtude das adaptações pelas quais o mercado de trabalho se viu obrigado a realizar por ocasião das medidas de controle à expansão da pandemia da COVID-19, o que poderá gerar alteração no meio laboral mesmo na fase pós-pandemia.

Não se objetiva, com este trabalho, questionar os inúmeros benefícios que a tecnologia proporciona à humanidade. Sabe-se, aliás, que a tecnologia, caso bem manejada, proporciona avanços incalculáveis para sociedade, tais como descobertas científicas, maior conforto, dispositivos de segurança, novas formas de trabalho, facilidade de locomoção e comunicação, dentre inúmeras outras. Todavia, sua inadequada utilização põe em risco conquistas obtidas após séculos de luta. Assim, esta nova realidade, como destacado, exige célere adaptação por parte dos estudiosos do Direito, pois como afirma Souto Maior, “este novo mundo do trabalho contraditório traz para o jurista o desafio de encontrar estas respostas, que se destinam, também, à preservação da saúde da sociedade” (SOUTO MAIOR, 2003).

1 SAÚDE DOS TRABALHADORES E RISCOS PSICOSSOCIAIS

Em decorrência de diversas mudanças na sistemática das relações de trabalho, notadamente pelos novos modelos produtivos e utilização de novas tecnologias, é certo que o exercício da atividade laboral não se restringe às dependências do estabelecimento empresarial. Aliás, no estudo das relações laborais, deve-se ter em mente que o conceito de meio ambiente de trabalho é complexo, permeando não apenas o aspecto físico do estabelecimento, mas também conjugar fatores naturais, técnicos e humanos, centrando-se a observação do ponto de vista humanístico (MARANHÃO, 2017, p. 126).

Assim, a análise do meio ambiente de trabalho deve levar em conta a dimensão existencial da relação de trabalho, precisando que o trabalhador seja enxergado em sua dimensão humana, em toda sua complexidade, considerando-se não apenas suas compleições físicas, mas também dimensões não visíveis. Portanto, pode-se definir que:

meio ambiente de trabalho é resultante da interação sistêmica de fatores naturais, técnicos e psicológicos ligados às condições de trabalho, à organização do trabalho e às relações interpessoais que condiciona a segurança e a saúde física e mental do ser humano exposto a qualquer contexto jurídico-laborativo (MARANHÃO, 2017, página 126).

Neste diapasão, nota-se que, da própria noção de meio ambiente de trabalho, extrai-se central preocupação com o trabalhador enquanto ser humano, buscando a preservação de sua saúde física e mental. Extrai-se, por conseguinte, que o trabalho não é mera mercadoria, o que vai ao encontro dos objetivos da Organização Internacional do Trabalho, como se percebe pela Declaração relativa

aos Fins e Objetivos da OIT, conhecida como Declaração da Filadélfia (SÜSSEKIND, 2000, p. 23).

O tema ganha ainda mais relevância com a dita revolução digital, que permite que o trabalhador seja contactado por superior hierárquico ou colegas de trabalho em qualquer lugar e a qualquer momento, por meio das novas tecnologias de informação e comunicação, dificultando o exercício do direito à desconexão. Esta realidade rompe barreiras entre a vida profissional e vida particular dos obreiros, o que ocasiona lamentáveis consequência na vida social, além de obstar a recuperação orgânica e psíquica de que necessitam.

Não sem razão, além dos graves riscos já tradicionalmente estudados de ordem física que o sobrelabor pode ocasionar, tais como acidentes de trabalho típicos e riscos provenientes da exposição por maior tempo a agentes insalubres²⁸⁰, tal desrespeito gera sérias implicações no campo da higidez mental dos trabalhadores, com incidência cada vez mais frequente de diversas enfermidades, tais como depressão, estresse, síndrome de *burnout*²⁸¹ ou “*fear missing out*”²⁸² (MOREIRA, 2019).

280 Neste ponto, destaca-se que, como aponta Maurício Godinho Delgado: a modulação da duração do trabalho é parte integrante de qualquer política de saúde pública, uma vez que influencia, exponencialmente, a eficácia das medidas de medicina e segurança do trabalho adotadas na empresa. Do mesmo modo que a ampliação da jornada (inclusive com a prestação de horas extras), acentua, drasticamente, as probabilidades de ocorrência de doenças profissionais ou acidentes de trabalho, sua redução diminui, de maneira significativa, tais probabilidades da denominada 'infortunistica do trabalho' (DELGADO, 2017, p. 976).

281 Síndrome de Burnout ou Síndrome do Esgotamento Profissional consiste, segundo informado no sítio do Ministério da Saúde, em um distúrbio emocional com sintomas de exaustão extrema, estresse e esgotamento físico resultante de situações de trabalho desgastante, que demandam muita competitividade ou responsabilidade.

282 FOMO quer dizer *fear of missing out*, que é o medo de perder oportunidades ou algo importante.

Ante à dedicação a uma jornada exaustiva de trabalho, cobranças constantes, ausência de tempo para recuperação orgânica e mental, receio de ser considerado relapso caso não se mantenha à disposição do empregador, escassez de tempo para dedicação ao lazer, família e demais atividades da vida privada, os trabalhadores, na contemporaneidade, encontram-se em um ambiente com elevados riscos psicossomáticos.

Tal cenário é alvo de preocupação da própria Organização Internacional do Trabalho, que, conforme descrito no *Eurofund Report*, valendo-se de diversos estudos, indicou que pesquisa sobre as ligações entre as tecnologias de informação e comunicação e a intensificação do trabalho e ambientes de trabalho estressantes mostram que o uso delas pode intensificar o ritmo de trabalho, levando em alguns casos a maior estresse e esgotamento dos funcionários, além do que o uso de tais tecnologias pode ter efeitos negativos para os níveis de estresse, o que provavelmente são relacionados com a ausência de limites temporais e espaciais do trabalho (OIT, 2017).

A própria OIT, no que toca aos teletrabalhadores, pontuou, na Convenção 177, a necessidade de proteção à saúde, reforçando preocupação quanto a esses especiais trabalhadores, que se inserem em um novo modelo de trabalho fortemente marcado pelas tecnologias de comunicação e informação²⁸³.

Nota-se a gravidade do tema ao se observar que transtornos mentais estão entre as maiores causas de afastamento do trabalho no Brasil, como relata a Associação Nacional de Medicina do Trabalho (ANAMT, 2019). Com efeito, como destaca a Associação Nacional de Medicina do Trabalho, segundo a Previdência Social, em 2017, episódios depressivos provocaram 43,3 mil auxílios-doença, sendo a

283 A Convenção 177 da OIT ainda não foi ratificada pelo Brasil.

10ª doença com mais afastamentos, enquanto que doenças classificadas como outros transtornos ansiosos também se encontram entre as que mais afastaram, na 15ª posição, com 28,9 mil casos. Já o transtorno depressivo recorrente apareceu na 21ª posição, com 20,7 mil auxílios (ANAMT, 2019).

Como aponta a Associação Paulista de Médicos do Trabalho, tal problemática afeta todo o mundo e chama atenção da Organização Mundial de Saúde. Como pontuou o médico do trabalho João Silvestre Silva Junior, em 2017, a OMS já estimava que até 2020 transtornos depressivos fossem a principal causa de perdas de dia de trabalho ao redor do mundo (JÚNIOR, 2017). Ademais, ela decidiu incluir a síndrome de *burnout* entre as doenças profissionais, classificação esta que entrará em vigor em 2022 (VISCONTI; CALZADA, 2019, p. 361).

Estudos mais recentes, além de demonstrem que os transtornos mentais e comportamentais, nos últimos anos, mantiveram-se como a terceira causa de afastamentos laborais com auxílio-doença no Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), além de observarem forte relação entre o ambiente de trabalho e o surgimento de tais enfermidades, encontraram, entre outros fatores, o desequilíbrio entre trabalho e lazer como causa que aumenta o risco de ansiedade e depressão (RIBEIRO; SANTOS; SILVA; MEDEIRO; FERNANDES, 2019).

Ora, como é cediço, a saúde é direito básico dos trabalhadores, estando indicada no rol de direitos fundamentais indicados na Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 7º, XXII, CRFB/1988 Além disso, é um dos direitos humanos indicados em diversos diplomas internacionais, a exemplo do artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Basilar, portanto, independentemente da relação de trabalho que se desenhe, que tal

postulado básico do Estado Democrático de Direito deva ser observado.

Desta feita, o trabalhador deve ser visto em toda sua complexidade, enquanto ser social e que necessita de descanso, lazer e dedicação às demais atividades de sua vida privada. Caso contrário, não se conseguirá preservar esse importante direito fundamental de todo ser humano e que é essencial para que tenha sua dignidade respeitada (artigo 3º, III, CRFB/1988). Nesse contexto, uma adequação à utilização das novas tecnologias de informação e comunicação se faz necessária.

Risco social muito ligado ao acometimento de enfermidades no âmbito laboral diz respeito aos impactos que tais afastamentos causam aos cofres públicos.

Os alarmantes dados supramencionados demonstram que, em razão do elevado adoecimento dos trabalhadores, montante expressivo de recursos públicos está sendo destinado para custear benefícios previdenciários, o que fortalece a preocupação pública que o direito à desconexão merece. Recursos esses que poderiam, caso este problema não fosse tão grave, ser utilizados para outras políticas públicas que beneficiariam toda a coletividade, tais como programas de saúde, segurança, educação, qualificação profissional, saneamento básico, dentre tantos outros.

Dessa análise, é evidente que a forma como se dá a relação de trabalho implica consequências para toda sociedade, sendo de fundamental importância ser observada a função social da empresa, em consonância com o artigo 170, CRFB/1988.

No que concerne aos riscos sociais que o desrespeito ao direito à desconexão podem gerar, há de se lembrar que, a partir do momento em que trabalhadores atuam além dos limites legais estabelecidos, tendo produção que não seria obtida se houvesse observância de tais

limites, outras pessoas deixam de ser contratadas. Logo, patente que tal prática aumenta os índices de desemprego. Tal aspecto também é salientado por Jorge Luiz Souto Maior, que aponta que o direito ao não trabalho, como nomeia o autor, é um direito

“cujo titular não é só quem trabalha, mas, igualmente, a própria sociedade, aquele que não consegue trabalho, porque outro trabalha excessivamente, e os que dependem da presença humana do que lhes abandonam na fuga ao trabalho” (SOUTO MAIOR, 2003).

Fundamental, também, observar que a Constituição da República Federativa do Brasil, protege a família (artigo 226, CRFB/1988). Todavia, não tendo o obreiro oportunidade de gozar tempo de qualidade com seus familiares, a “especial proteção” que esta merece não é observada, pondo em xeque a “base da sociedade”. Nessa esteira, o desrespeito à desconexão, evidenciado nessa sociedade digital, ultrapassa os limites da esfera das relações individuais, atingindo a base da sociedade, qual seja, a família, em total afronta a valores constitucionalmente assegurados.

É de se recordar, no que toca particularmente aos trabalhadores que possuem menores de idade sob sua responsabilidade, que possuem importante missão reconhecida pelo Direito de educar tais jovens (artigo 229, CRFB/1988). Isso também se aplica ao dever que compete aos filhos maiores de cuidar dos pais na velhice, consoante o mesmo dispositivo supracitado. Mais uma vez, para que estas missões sejam observadas, necessário que haja tempo livre no dia dos trabalhadores.

No que se refere às crianças e adolescentes, a carência de suporte familiar tem consequências nefastas para o futuro da sociedade, pois tem implicações até mesmo em futuras gerações e bem estar social, por ser potencial causador de transtornos psíquicos e

sociais, provocando desordens emocionais em crianças e adolescentes.

Imperativo, portanto, concluir-se que a afronta ao direito que todo trabalhador tem de desconectar-se de seu ambiente de trabalho vai de encontro ao princípio da prioridade absoluta dedicado a crianças e adolescentes (artigo 4º, Estatuto da Criança e do Adolescente) e princípio da convivência familiar (artigo 19, Estatuto da Criança e do Adolescente), além de ser postura incompatível com a CRFB/1988, em especial, seu artigo 227, dispositivo este que, como observado por Teresinha Borges Campos, destaca “o caráter de responsabilidade conjunta com o zelo pela infância e juventude” (CAMPOS, 2012, p. 83).

Outro risco social bastante relevante diz respeito à própria segurança de terceiros, na medida em que a falta de atenção de obreiros que atuam em determinados ramos de atividade pode colocar em risco a vida e segurança de terceiros alheios à relação laboral. Isto é de cristalina percepção caso se pense, a título de exemplo, no caso de um piloto de avião, médico ou vigilante particular que se encontra mentalmente e fisicamente esgotado no desempenho de suas atividades por ter sido submetido a jornada além dos limites razoáveis, seja de forma presencial, seja por meio de cobranças eletrônicas ou a constante estado de prontidão além do horário normal de expediente.

Ainda neste ponto, Jorge Luiz Souto Maior ilustra tal risco ao citar o caso de motoristas de caminhão que, trabalhando dias e noites inteiros para cumprir o exigido pelos empregadores ou tomadores de serviço, valem-se de drogas para não dormir, expondo a risco não apenas a integridade física deles próprios, como de todos que trafegam em tais estradas (SOUTO MAIOR, 2003).

A bem da verdade, o exercício do direito à desconexão pode gerar efeitos positivos até mesmo para o empregador e consumidores,

vez que um trabalhador sadio física e mentalmente e com vida particular harmoniosa tende a produzir com maior eficiência e a prestar serviços de melhor qualidade, além de haver menores chances de afastamentos previdenciários.

Clarividente, portanto, diante desta análise, que o direito à desconexão “não é um direito individual do trabalhador, mas da sociedade e da própria família” (SOUTO MAIOR, 2003), o que justifica os debates que têm permeado o cenário jurídico mundial.

3. DIREITO À DESCONEXÃO NO DIREITO COMPARADO E A DISCUSSÃO ACERCA DA NECESSIDADE OU NÃO DE NORMA PRÓPRIA TRATANDO DE TAL DIREITO NO CENÁRIO BRASILEIRO

A busca pelo uso racional dos meios eletrônicos de forma a proporcionar o exercício do direito à desconexão tem sido alvo de atenção em todo mundo, tendo, inclusive, tal direito à desconexão digital encontrado previsão legislativa específica em alguns países, processo este que se iniciou na França, com a Lei 2016-1088, conhecida como “El Khomri”, em homenagem à ministra do trabalho Myria El Khomri, que atuou no governo do primeiro-ministro Manuel Valls (SOUSA, 2018, p. 34), entrando em vigor em 1 de janeiro de 2017.

A mencionada lei dispõe que, para empresas com mais de cinquenta trabalhadores, os termos do exercício à desconexão digital devem ser dispostos via negociação coletiva. E aduz que, caso esta reste frustrada, o empregador elaborará um estatuto, ouvido o conselho de empresa ou, na sua falta, os representantes do pessoal, todavia, não há a obrigação de chegar a um acordo (SOUSA, 2018, p. 35 e 36).

Nota-se que o aludido diploma legal francês é bastante vago, pois apenas dispõe que o mencionado direito deve ser tratado via negociação coletiva, algo que já poderia ser feito antes da lei.

Ademais, critica-se o fato de não constar sanção em seu texto, o que dificulta sua concretude (VISCONTI; CALZADA, 2019, p. 363). Argumenta-se que deveria haver garantia que visasse à efetividade do direito (CARLI, 2019). Tal fator, todavia, pode ser contornado pela utilização das demais normas, a exemplo das limitações de jornada e indenização por danos morais. De todo modo, se a lei já estabelecesse, expressamente, em seu próprio texto, as sanções em caso de descumprimento, maior segurança jurídica seria proporcionada aos casos envolvendo as tecnologias de informação e comunicação, provendo-lhe de maior eficiência.

Outra crítica relevante que se faz refere-se ao fato da lei francesa estabelecer que o direito à desconexão digital para empresas com mais de cinquenta trabalhadores deve ser disposta via negociação coletiva, o que poderia levar à interpretação que empresas com cinquenta funcionários não poderiam dispor do tema via negociação coletiva (SANTOS; PARREIRA, 2017, p. 103), interpretação esta que parece equivocada por atentar contra aspecto basilar do próprio Direito Sindical, que é o princípio da autonomia coletiva. De todo sorte, é mesmo criticável a referência apenas a empresas com mais de cinquenta trabalhadores, vez que todos os trabalhadores possuem o direito em estudo, não importante o porte da empresa.

Nota-se, portanto, que, embora seja um inédito reforço normativo, a lei francesa demonstra ser de pouca utilidade, salvo servir como potencial incentivo para que outras leis acerca do tema surjam e tenha-se em mente o respeito a tal direito, o que, por si só, não deixa de ser louvável.

No ordenamento jurídico italiano, por meio da Lei nº 81 de 22 de maio de 2017 e que entrou em vigor em 14 de junho do mesmo ano, também é possível encontrar indicação expressa do direito à desconexão digital, todavia, de forma bastante restrita, vez que o especifica para caso de “*lavoro agile*” (trabalho ágil), que, segundo Eduardo Visconti e Estrella Calzada (VISCONTI; CALZADA, 2019, p. 365), constitui um forma de desempenho de atividade flexível, na qual se alterna a presença física no estabelecimento da empresa com o trabalho à distância.

Como salientam João Diogo da Cruz Santos e Rafael Parreira, a lei italiana nº 81 de 2017, consoante seu artigo 19,

“passou a contemplar que deveriam ser celebrados acordos com os trabalhadores em regime de *lavoro agile* (regime de trabalho com uma maior flexibilidade de horários, em que a atividade laboral é realizada sobretudo recorrendo a meios telemáticos e que existem períodos de laboração fora das instalações da empresa) que prevejam quais os períodos de desconexão dos meios tecnológicos ao seu dispor” (SANTOS. PARREIRA, 2017, p. 100).

Ainda no cenário europeu, vale lembrar que a Espanha também estabeleceu previsão do aludido “direito à desconexão digital” por meio do artigo 88 da Lei Orgânica 3/2018²⁸⁴.

284 Artigo 88 da Lei Orgânica 3/2018: 1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar. 2. Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores. 3. El empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que

O artigo 88.1 da Lei Orgânica 3/2018 espanhola, apesar de dispor que os trabalhadores e empregados públicos têm esse direito, assim como a legislação francesa, não estabelece sanções em caso de desrespeito por parte do empregador, o que motiva críticas da doutrina em razão da ausência de garantias para se efetivar o direito (VISCONTI; CALZADA, 2019, p. 374).

Interessante observar que, assim como a norma francesa, o artigo 88.2 do diploma legal espanhol também faz referência à negociação coletiva.

Apesar das críticas quanto à ausência de previsão expressa de sanção em tal legislação, o simples fato de haver lei indicando tal direito é positivo, vez que desencadeia mudanças no próprio arcabouço jurídico, como se pode perceber pelo *artículo del 20 Estatuto de los Trabajadores* e paralelamente, no *artículo 14 del Estatuto Básico del Empleado Público* no cenário espanhol, cujas modificações foram inspiradas na mencionada Lei Orgânica, valendo destacar que o artigo 14 deste último diploma indicou de forma expressa o direito à desconexão digital (VISCONTI; CALZADA, 2019, p. 372).

Interessante observar que há uma tendência, no Direito Comparado, de atribuir a responsabilidade de regulamentar aspectos do direito à desconexão digital para a negociação no âmbito da própria empresa. Esse fenômeno, aliás, foi percebido pela Organização Internacional do Trabalho, conforme relatório de pesquisa, em que

ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas.

concluiu que a maioria das políticas de resposta às medidas de constante disponibilidade provocadas pelo uso de tecnologias da informação e da comunicação é dada no âmbito da própria empresa, sobretudo na França e Alemanha (OIT, 2017).

Na França, por exemplo, a companhia Renault incluiu em seu acordo interprofissional limitação de envio de e-mails à noite e finais de semana, admitindo-se apenas em casos excepcionais; outro exemplo dessa prática em tal país são os vários acordos setoriais, como o acordo coletivo de teletrabalho no setor de telecomunicações francês (OIT, 2017).

Na Alemanha, por sua vez, a fabricante de carros BMW instituiu, após acordo com o conselho de trabalhadores, que todos os funcionários têm permissão para registrar o tempo gasto trabalhando fora das dependências da empresa como efetivo horário de trabalho, o que possibilita compensação de horas extras pelo tempo gasto respondendo a e-mails após o final do seu dia normal de trabalho. Além disso, os funcionários de tal fabricante são encorajados a concordar com “tempos fixos de alcançabilidade” com seus supervisores. Já a fabricante de carros Daimler introduziu uma nova política permitindo aos funcionários definir sua caixa de entrada de e-mail para “modo de férias” durante a licença, o que permite a exclusão automática de e-mails recebidos durante o período de licença (OIT, 2017).

Mostra-se, assim, tendência mundial para regulamentação de diversas situações sobre o assunto no âmbito das próprias relações entre os envolvidos. Tal tendência tem razão de ser, vez que os próprios atores sociais conhecem melhor a realidade em que estão inseridos, bem como seus desafios, tendo, portanto, aptidão para formularem soluções adequadas para seus problemas de ordem prática.

Além disso, notório que a tecnologia evolui muito rapidamente e, decerto, criações legislativas não conseguem acompanhá-la, na medida em que demandam processo bem mais lento, ao passo que a jurisprudência, embora também voltada para problemas práticos, somente é criada após diversos casos semelhantes. Assim, soluções dadas pelos próprios atores sociais por meio de negociações coletivas ou diálogos com empregadores tendem a se mostrar como as mais eficazes para contornar os problemas

Para que isso ocorra de forma eficiente, importante que haja consciência coletiva, sobretudo por parte dos sindicatos (em especial, sindicato dos trabalhadores), para que não aguardem que o Estado resolva todos os seus problemas, tomando, assim, a dianteira na busca por soluções por meio de própria atuação, o que, no Brasil, por certo, há de demandar enormes mudanças de cunho cultural e normativo.

Impõe-se ainda fomentar postura ética por parte de empregadores e tomadores de serviços, pautada na consciência de sua função social (artigo 5º, XXIII da CRFB/1988), de notória importância no que toca ao respeito ao direito à desconexão.

Nessa esteira, a empresa que se preocupa com o trabalhador em toda sua complexidade humana, não o enxergando como mera ferramenta de uma engrenagem que visa ao lucro, poderá ainda adotar programas de *compliance* abarcando uma gestão humanizada e, por isso, sensível ao direito à desconexão digital e mesmo viabilizadora de maior grau de satisfação por parte de seu corpo de obreiros e melhor imagem perante o público externo.

Neste ponto, como destaca Edmo Colnaghi Neves, citado por André Jobim de Azevedo e Vitor Kaiser Jahn, a adoção de políticas de *compliance* proporcionará:

- i.) a diminuição dos riscos de a empresa e seus funcionários violarem a legislação; ii.) a possibilidade de redução de penalidades, caso a empresa possua um

programa de integridade efetivo; iii.) a maior proteção do administrador quanto à sua responsabilidade pessoal por condutas da empresa; iv.) a criação de uma cultura de práticas éticas em que, caso haja desvios, estes poderão ser detectados e corrigidos; v.) a melhora da reputação empresarial, que demonstra prezar pela honestidade, atraindo melhores propostas de negócios, clientes e talentos profissionais; vi.) a maior atratividade empresarial para o aporte de investimentos; vii.) o diferencial competitivo, pois a manutenção de um programa de integridade efetivo tem se tornado requisito em diversos processos licitatórios; e, por fim viii.) a noção de orgulho de trabalhar em uma empresa que tenha a integridade e a honestidade como princípios norteadores de seus negócios. (NEVES, 2018, p. 21-26 *apud* AZEVEDO; JAHN, 2020)

A própria sociedade em geral também bem poderia adentrar na discussão, debatendo o assunto em fóruns sociais e institucionais, inclusive de maneira a buscar construir uma ideia de consumo consciente e responsável que inclusive redundasse em avaliações públicas positivas para aquelas empresas que, por exemplo, colocassem em prática técnicas de proteção/promoção de direitos humanos e fundamentais de seus trabalhadores, tal qual o direito à desconexão.

Voltando ao tema da positivação do direito à desconexão digital no contexto de vizinhos da América Latina, nota-se que também neles há acaloradas discussões, sendo o Chile o primeiro país a estipular de forma expressa o “direito à desconexão digital”.

Pela lei chilena nº 21.220, de março de 2020, que modifica o Código do Trabalho Chileno, os trabalhadores remotos que distribuam livremente seu horário de trabalho ou estejam excluídos da limitação de jornada, tidos como teletrabalhadores, possuem direito a 12 horas por dia de desconexão digital.

Nota-se que tal previsão é específica para teletrabalhadores, embora se saiba que, malgrado sejam os mais atingidos pelo uso inadequado das novas tecnologias de informação e comunicação, não são os únicos atingidos por tal prática e nem os únicos detentores deste direito.

De toda sorte, não deixa de ser importante fixar, ainda que isso possa ser extraído do próprio ordenamento jurídico, que mesmo trabalhadores excluídos do controle de jornada fazem jus a tal direito, não sendo permitido serem acionados a qualquer momento pelo empregador.

Na Argentina, por sua vez, recentemente, por meio da Lei 27.555, publicada em 14 de agosto de 2020, também passou a constar, expressamente, no regramento jurídico laboral daquele país, o direito à desconexão digital para os teletrabalhadores, bem como a indicação de que não se poderá realizar tarefas fora da jornada de trabalho e nem se poderá ser sancionado por fazer uso deste direito²⁸⁵.

Percebe-se, pela análise da mencionada lei argentina, que, no referido país, houve maior preocupação com o direito à desconexão, tendo a Argentina estabelecido, no artigo 4º do aludido diploma legal, o respeito aos limites legais da jornada, sendo que as plataformas e *softwares* adotados no teletrabalho devem estar acessíveis somente durante o expediente, enquanto que o regramento da CLT exclui tais trabalhadores do capítulo sobre duração de trabalho (artigo 62, III, CLT) sem sequer garantir algum tipo de proteção jurídica no que toca

285 Artículo 5º- Derecho a la desconexión digital. La persona que trabaja bajo la modalidad de teletrabajo tendrá derecho a no ser contactada y a desconectarse de los dispositivos digitales y/o tecnologías de la información y comunicación, fuera de su jornada laboral y durante los períodos de licencias. No podrá ser sancionada por hacer uso de este derecho. El empleador no podrá exigir a la persona que trabaja la realización de tareas, ni remitirle comunicaciones, por ningún medio, fuera de la jornada laboral.

ao direito à desconexão (KROST, 2020), pelo menos não explicitamente.

Nota-se, portanto, que o modelo desse país vizinho, independentemente de ser ou não a melhor escolha, evidencia ação normativa estatal que vai ao encontro do direito à desconexão digital.

Essa preocupação com a desconexão no modelo argentino, mais precisamente no que concerne ao tempo de dedicação à família, pode ser visualizada pela leitura do artigo 6º da Lei 27.555 de 2020, que estabelece respeito a horários e pausas especiais aos teletrabalhadores responsáveis por menores de treze anos, pessoas incapazes ou que necessitem de cuidados especiais, sendo que a resistência do empregador é considerada presumidamente discriminatória, sujeitando-o às sanções legais (KROST, 2020). Sem dúvida, uma regulação também elogiável, no particular, pela adesão a uma visão verdadeiramente holística do assunto, porquanto fomenta proteção adequada frente a vulnerabilidades que, embora diferentes, estão diretamente associadas quando em voga a vivência do teletrabalho.

Como se vê, enfim, analisando tais legislações, em verdade, percebe-se que o dito direito à desconexão digital nada mais é do que o próprio direito à desconexão aplicado no cenário da revolução digital.

Trazendo o estudo de volta para o contexto brasileiro, percebe-se que todo o direito à desconexão já fundamento no regramento jurídico atual, bastando observar que todos os bens jurídicos que tal novel legislação poderia tratar já são abarcados pelo regramento jurídico atual, vez que, como já mencionado, a legislação pátria já estabelece o respeito à jornada legal de trabalho, aos intervalos intra e interjornada, às férias, ao lazer, ao descanso, à saúde, ao convívio familiar, à privacidade e à intimidade.

Todavia, em que pese a existência de tal direito já poder ser abstraída do substrato jurídico brasileiro, inclusive, por consequência, o dever patronal de observá-lo, indubitavelmente, como já descrito, as novas tecnologias alteraram substancialmente as relações laborais, rompendo barreiras físicas e temporais outrora existentes, apresentado facetas das relações humanas, até pouco tempo atrás, inimagináveis.

Dessa feita, não obstante a desnecessidade de lei “criadora” (ou reconhecedora) do direito, sua regulamentação, seja de forma autônoma ou heterônoma, em observância ao novo panorama apresentado, além de servir como um reforço normativo para demonstrar a importância basilar do direito à desconexão no contexto de revolução tecnológica, mostra-se de suma importância para — ao ajustar os limites das relações laborais perante o potencialmente ilimitável alcance das novas tecnologias de comunicação e informação — possibilitar a efetiva proteção do direito à desconexão, além de proporcionar maior segurança jurídica na solução dos conflitos que possam surgir no que refere a esse tema.

Nota-se, aliás, que, no Brasil, em corrente contrária à preocupação mundial, há pouca demonstração real de busca por adequação das normas jurídicas ao cenário da revolução digital no que toca ao direito à desconexão²⁸⁶. Exemplo disso é que a medida provisória 927, de 2020²⁸⁷, estabelecia que o tempo de uso de

286 Há de se destacar, todavia, que há projeto de lei em trâmite no Senado Federal (Projeto de Lei nº 3.512/2020) que visa a regulamentar o teletrabalho, inclusive no que toca à jornada de trabalho, e objetivando, ainda, revogar o inciso III do artigo 62 da CLT. Entretanto, esse projeto ainda se encontra na Casa iniciadora, valendo ressaltar que o direito à desconexão, como visto ao longo deste trabalho, é mais amplo do que o simples fato de ter prevista jornada de trabalho em diploma legal.

287 Essa medida provisória dispunha sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de

aplicativos e programas de comunicação fora da jornada de trabalho normal do empregado não constituía tempo à disposição, regime de prontidão ou de sobreaviso, exceto se houvesse previsão em acordo individual ou coletivo (artigo 4º, §5º), previsão que, além de se mostrar desnecessária, vez que o §1º do mesmo artigo 4º já excluía os teletrabalhadores do capítulo da CLT sobre duração de trabalho (artigo 62, III, CLT), demonstra pouco zelo despendido ao direito à desconexão.

Há de se recordar que, sem dúvida, também cabe ao Estado o dever de implementar medidas de proteção e promoção de direitos fundamentais, estimulando a criação de cenários jurídicos favorecedores desse valioso escopo.

CONCLUSÃO

A revolução tecnológica tem alterado substancialmente a forma como se desenvolvem as relações sociais. Todavia, o uso desenfreado e desordenado das tecnologias de informação e comunicação tem posto em xeque conquistas trabalhistas seculares, notoriamente no que toca ao direito à desconexão.

Tal inobservância acarreta riscos individuais e sociais tremendos, tais como prejuízo à saúde física e mental de trabalhadores, enormes gastos com benefícios previdenciários, aumento do desemprego, restrição do convívio familiar, prejuízo à segurança da sociedade e queda da qualidade de produtos e serviços.

Este fenômeno é mundial, tendo acarretado não somente a preocupação da Organização Internacional do Trabalho, como

importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dava outras providências, tendo encerrado a vigência em 19 de julho de 2020.

também gerado o surgimento de diplomas legais prevendo especificamente o direito à desconexão. Movimento legislativo esse que ainda é bastante incipiente e um tanto quanto vago, embora sejam importantes reforços normativos em busca da observância do direito à desconexão na era da revolução digital.

No âmbito brasileiro, percebe-se que todos os bens jurídicos que poderiam ser protegidos por nova legislação acerca do tema já se encontram abraçados pelo arcabouço normativo pátrio. Entretanto, não obstante a desnecessidade de lei reconhecedora do direito, sua regulamentação, seja de forma autônoma ou heterônoma, em observância ao novo cenário de utilização contumaz de tecnologias de comunicação e informação nas relações laborais, além de servir como reforço normativo para demonstrar a importância basilar do direito à desconexão no contexto de revolução tecnológica, mostra-se de suma importância para proporcionar efetiva proteção desse relevantíssimo direito fundamental e possibilitar maior segurança jurídica na solução dos conflitos.

Nesse viés, para que uma lei sobre o tema fosse efetivamente útil no Brasil, deveria levar em conta conhecimentos multidisciplinares, bem como prever (ainda que se considere redundante) quais consequências jurídicas o seu desrespeito acarretaria. Ademais, espaço para a negociação coletiva abordar o tema seria imprescindível, o que demandaria fortalecimento da consciência coletiva por parte dos atores sociais. Igualmente, haveria de ser estimular e mesmo premiar, publicamente, a empresa que colocasse em prática técnicas de proteção/promoção de direitos humanos e fundamentais de seus trabalhadores, sobretudo aqueles ligados à sociedade contemporânea, como o propalado direito à desconexão.

O que não se pode aceitar é o estranho cenário hoje vivido no Brasil, em que, no plano abstrato, mesmo diante das complexidades da sociedade digital, malgrado se tenha supedâneo jurídico suficiente para se resguardar o direito fundamental obreiro à desconexão, grassa ainda sobre o assunto incômodo cenário de sistêmica paralisia normativa (autônoma e heterônoma), a atingir, pois, empresários, sindicatos, Estado e sociedade em geral.

REFERÊNCIAS

ANMT – Associação Nacional de Medicina do Trabalho, 2019. Transtornos mentais estão entre as maiores causas de afastamento do trabalho. Disponível em

<<<https://www.anamt.org.br/portal/2019/04/22/transtornos-mentais-estao-entre-as-maiores-causas-de-afastamento-do-trabalho/>>>. Acesso em: 27 ago. 2020.

ARGENTINA. *Ley 27555, de 14 de agosto de 2020. Boletín Oficial del la República de Argentina*, Buenos Aires, Argentina. Disponível em:

<<https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/233626/20200814>> Acesso em: 31 ago. 2020.

AZEVEDO, André Jobim de; JAHN, Vitor Kaiser. 2020. *Compliance trabalhista: a mitigação da responsabilidade patronal em casos não reportados*. Disponível em

<[http://www.andt.org.br/f/Compliance%20Trabalhista%20-%20Azevedo%20e%20Jahn%20\(Versa%CC%83o%20Final\).docx.pdf](http://www.andt.org.br/f/Compliance%20Trabalhista%20-%20Azevedo%20e%20Jahn%20(Versa%CC%83o%20Final).docx.pdf)>. Acesso em: 28 ago. 2020.

BELDIN, Barbara. Direito à desconexão do trabalho frente à uma sociedade hiperconectada. **Revista de Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 18-39, 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 ago. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, DF, 9 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 26 ago.2020.

BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <<https://www.diariooficial.interior.gob.cl/publicaciones/2020/03/26/42615/01/1745536.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm> Acesso em: 26 ago. 2020.

BRASIL. Medida Provisória 927, de 22 de março de 2020. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 22 mar 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm> Acesso em: 26 ago. 2020.

BRASIL. Projeto de Lei 3.512, de 2020. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/143001>> Acesso em: 31 ago. 2020.

CAMPOS, Teresinha de Jesus Borges. **O Ministério Público e o superior interesse da família e das crianças e jovens: os direitos fundamentais e a proteção da população infante juvenil.** 2002. 452 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2002.

CARLI, Federico Rosenbaum. *El “derecho” a la desconexión com especial énfasis em el sistema juridico uruguayo.* **Revista Derecho & Sociedad**, Lima, n.53, p.111-122, 2019.

CHILE. *Ley Num. 2120, de 26 de marzo de 2020.* **Diario Oficial del la República de Chile**, Santiago, Chile. Disponível em: <<https://www.ccoo-servicios.es/archivos/altamira/BOE-ART.87Y88PROTECCIONDATOSDISPOSITIVOSDIGITALESYDERECHODESCONEXIONDIGITALENAMBITOLABORAL.pdf>> Acesso em: 27 ago. 2020.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 16^a ed. São Paulo: LTr, 2017.

ESPAÑA. *Ley Orgánica 3, de 6 de diciembre de 2018.* **Boletín Oficial del Estado.** Disponível em: <<https://www.ccoo-servicios.es/archivos/altamira/BOE%20ART.87Y88PROTECCIONDATOSDISPOSITIVOSDIGITALESYDERECHODESCONEXIONDIGITALENAMBITOLABORAL.pdf>> Acesso em: 27 ago. 2020.

JÚNIOR, João Silvestre Silva. 2017. Transtornos mentais são terceira maior causa de afastamento do trabalho. Disponível em <<https://apmtsp.org.br/transtornos-mentais-sao-terceira-maior-causa-de-afastamento-do-trabalho/>>. Acesso em: 27 ago. 2020.

KROST, Oscar. Teletrabalho na Argentina e no Brasil: tão perto, mas tão longe. 2020. Disponível em : <<http://revisaotrabalhista.net.br/2020/08/28/teletrabalho-na->

argentina-e-no-brasil-tao-perto-mas-tao-longe/>. Acesso em 31 ago. 2020.

MARANHÃO, Ney. **Poluição labor-ambiental**: abordagem conceitual da degradação das condições de trabalho, da organização do trabalho e das relações interpessoais travadas no contexto laboral. 1. ed. Rio de Janeiro: 2017.

MESSENGER, Jon Vargas; LLAVE, Oscar; GSCHWIND, Lutz; BOEHMER, Simon; VERMEYLEN, Greet; WILKENS, Mathijn. *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work. Eurofound and the International Labour Office*. Luxemburgo e Genova, 2017. Disponível em: <<https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2017/working-anytime-anywhere-the-effects-on-the-world-of-work> > Acesso em: 27 ago. 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE, Síndrome de Burnout: o que é, quais as causas, sintomas e como tratar. Disponível em <<https://saude.gov.br/saude-de-a-z/saude-mental/sindrome-de-burnout#:~:text=S%C3%ADndrome%20de%20Burnout%20ou%20%C3%ADndrome,justamente%20o%20excesso%20de%20trabalho.>>. Acesso em: 27 ago. 2020.

MOREIRA, Teresa Coelho. 2019. A conciliação entre a vida profissional e a vida pessoal e familiar e as NTIC. Disponível em <http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/artigo_teresacoelho.pdf >. Acesso em: 27 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf> >. Acesso em 29 ago. 2020

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1966. Disponível em <<https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>>. Acesso em 29 ago. 2020

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção 177, 1996. Disponível em: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0:NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312322>. Acesso em 31 ago. 2020.

RIBEIRO, Hellany Karollyny Pinho; SANTOS, José Diego Marques ;SILVA, Monaliza de Goes e MEDEIRO, Flávia Daniele de Alencar; FERNANDES, Márcia Astrês. Transtornos de ansiedade como causa de afastamentos laborais. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, São Paulo, v. 44, e.1, p. 18-39, 2018. Disponível em <<https://www.scielo.br/pdf/rbso/v44/2317-6369-rbso-44-e1.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2020.

SANTOS, João Diogo da Cruz Santos; PARREIRA, Rafael. Direito à desconexão digital. Local de Publicação: Instituto Politécnico de Leiria Escola Superior de Tecnologia e Gestão , 2017, p.98 – 110. Disponível em: <https://iconline.ipleiria.pt/bitstream/10400.8/4538/1/Atas_IX_CICJE.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2020.

SILVA JUNIOR, João Silvestre da; ALMEIDA, Flávia Souza e Silva de; MARRONE, Luiz Carlos. Discussão dos impactos do nexso técnico epidemiológico previdenciário. **Associação Nacional de Medicina do Trabalho**. São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.rbmt.org.br/details/78/pt-BR/discussao-dos-impactos-do-nexo-tecnico-epidemiologico-previdenciario>> Acesso em: 27 ago. 2020.

SOUSA, Maria Miguel Bras Cameira Coelho. **Direito à desconexão: o impacto das novas tecnologias no Direito do Trabalho.** 2018. 58 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2018.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, SP, n. 23, p. 296-313, jul./dez. 2003.

SUPIOT, Alan. *Homo juridicus*: ensaio sobre a função a função antropológica do Direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho.** 3. ed. São Paulo: LTR, 2000.

VISCONTI, Eduardo E. Taléns Visconti; CALZADA, Estrella Del Valle. Tiempo de trabajo y desconexión digital em el cetenario de la OIT: perspectivas sobre la evolución de su regulación y situación actual em España. In: ROCHA Cláudio Jannotti da; PORTO, Lorena Vasconcellos; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; PIRES, Rosemary de Oliveira (Coords). **A Organização Internacional do Trabalho: sua história, missão e desafios**, volume 1. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 357-375.

GRAVIDEZ E TRABALHO INSALUBRE: A RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR NA IMPOSSIBILIDADE DE REALOCAÇÃO

PREGNANCY AND UNHEALTHY WORK: THE EMPLOYER'S RESPONSIBILITY IN NOT BEING ABLE TO RELOCATE

*Carla Vieira Carmozine*²⁸⁸

*Jair Aparecido Cardoso*²⁸⁹

RESUMO

O presente artigo pretende debater a responsabilidade do empregador no pagamento dos salários da empregada gestante, que está proibida de trabalhar em local insalubre e a empresa não dispõe de local salubre para realocá-la. Busca também analisar os motivos desta proibição ao trabalho insalubre e sua repercussão na vida e saúde da gestante e do nascituro. Analisa ainda a decisão que declarou a inconstitucionalidade dos incisos II e III do Art. 394-A da CLT, que condicionavam o afastamento da empregada e lactante de locais insalubres de grau médio e mínimo à apresentação de atestado médico, bem como a extensão do salário-maternidade nos casos em que não

288 Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (FDF) e Pós-Graduanda em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – FDRP/USP. E-mail: carlav_carmozine@hotmail.com.

289 Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP (FDRP/USP); líder do grupo de pesquisa (CNPQ) “A transformação do direito do trabalho na sociedade pós-moderna e seus reflexos no mundo do trabalho” da FDRP/USP. Doutor em Direito pela Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP; graduado e mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba, UNIMEP. Autor de livros e artigos da área. E-mail: jaircardoso@usp.br.

há local salubre para realocar a empregada grávida e suas implicações no ordenamento jurídico.

Palavras chave: Impossibilidade de realocação da empregada grávida. Nocividade do trabalho insalubre durante a gravidez. Extensão do salário-maternidade. Responsabilidade do empregador na realocação.

ABSTRACT

This article seeks to discuss the employer's responsibility to pay the wages of the pregnant employee, who is prohibited from working in an unhealthy place and the company does not have a healthy place to relocate her. It also seeks to analyse the reasons for this ban on unhealthy work and its repercussions on the life and health of the pregnant woman and the unborn child. It also analyzes the decision that declared the unconstitutionality of clauses II and III of Article 394-A of the CLT, which conditioned the removal of the employee and infant from unhealthy places of medium and minimum degree to the presentation of medical certificate, as well as the extension of maternity pay in cases where there is no healthy place to relocate the pregnant employee and its implications in the legal system.

Keywords: Impossibility of relocation of pregnant employee. Unhealthy work during pregnancy. Extension of maternity pay. Responsibility of the employer in the relocation.

INTRODUÇÃO

A Reforma Trabalhista, sem sombra de dúvidas, realizou alterações significativas na Consolidação das Leis do Trabalho. No entanto, diversas alterações ainda causam dúvidas aos operadores do direito e à sociedade como um todo, especialmente no que concerne à aplicação e interpretação de suas disposições.

Um desses questionamentos é objeto deste estudo, qual seja, a discussão com relação à responsabilidade do empregador nos casos em que a empregada grávida, que habitualmente trabalha em ambiente insalubre, necessita ser afastada de seu labor e, no entanto, a empresa não dispõe de local salubre para realocá-la.

Todavia, antes de adentrar ao respectivo tema, o artigo em comento abordará aspectos essenciais para se compreender a necessidade da norma proibitiva do trabalho em condições insalubres, relacionando-a ao direito à saúde e aos direitos e garantias sociais, princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais, que possuem o condão de amparar e salvaguardar a gestante e o nascituro.

O estudo também se detém sobre a análise da recente decisão do Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade dos incisos II e III do Art. 394-A da CLT, haja vista que tais dispositivos condicionam o afastamento da gestante e da lactante de locais de trabalho insalubres, à apresentação de atestado médico recomendando o seu afastamento, o que poderia prejudicar, talvez de maneira irreparável, a vida e a saúde da empregada e da criança.

Concentra-se então, na análise do §3º do Art. 394-A da CLT, que prevê a extensão do salário-maternidade nos casos em que a empregada grávida não puder ser realocada para local salubre, abordando-se os aspectos da responsabilização do empregador no pagamento dos salários do período que antecede o auxílio-maternidade já previsto na lei previdenciária. Para tanto, serão utilizadas a metodologia qualitativa e bibliográfica e o método dedutivo.

1 EXPOSIÇÃO À INSALUBRIDADE E A SAÚDE DO TRABALHADOR

Os trabalhadores que laboram em condições insalubres fazem jus ao pagamento de um adicional de risco, isto é, adicional de insalubridade, conforme previsão constitucional contida no Art. 7º, inciso XXIII e infraconstitucional, prevista no Art. 192 da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho).

Entretanto, a simples monetização da saúde do trabalhador não exime o empregador de proporcionar um ambiente de trabalho saudável aos seus colaboradores, conforme obrigação legal contida tanto na Constituição Federal, no Art. 7º, IV, como no Art. 191 da CLT.

Isto porque, expor a saúde dos trabalhadores a agentes e ambientes insalubres, sem qualquer prevenção ou precaução, certamente acarretará o adoecimento e por vezes, levará a uma situação de invalidez.

Ademais, a saúde é um direito constitucional indisponível e a sua mitigação é preocupante, especialmente no tocante às relações de trabalho, em que um dos elos é geralmente mais fraco e precisa se submeter a certas circunstâncias para manter o seu emprego, podendo futuramente sofrer prejuízos irreparáveis.

Com relação à indisponibilidade do direito à saúde, Cléber Nilson Amorim Júnior (2017, p. 46) explica que:

O princípio da indisponibilidade da saúde do trabalhador se fundamenta na constatação, com matriz constitucional, de que as normas de medicina e segurança do trabalho são parcelas imantadas por uma tutela de interesse público, a qual a sociedade democrática não concebe ver reduzida em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontarem a própria dignidade da pessoa humana e a

valorização mínima deferível ao trabalho (arts. 1º, III e 170, caput, da Constituição Federal).

De acordo com Oliveira (2011, p.134), os organismos internacionais compreendem a necessidade de se priorizar a saúde e a vida dos trabalhadores:

Atualmente, há um consenso nos principais organismos internacionais sobre a necessidade de mudar o paradigma nas questões que envolvem segurança e saúde ocupacional, passando a priorizar, com ênfase, a proteção do que é verdadeiramente fundamental: a vida e a saúde do trabalhador. Não se pode falar em trabalho digno ou decente sem garantir as condições de segurança e saúde na prestação dos serviços. Desse modo, ao lado dos avançados institutos jurídicos desenvolvidos na seara trabalhista, está ganhando cada vez maior visibilidade no mundo o direito ao meio ambiente de trabalho seguro e saudável.

No entanto, com a cultura da monetização da saúde do empregado no Brasil, os empregadores, em sua maioria, se limitam ao pagamento dos adicionais de risco e, quando muito, ao fornecimento de EPIs (Equipamentos de Proteção Individual), ao invés de eliminar ou ao menos neutralizar os agentes insalubres, deixando o trabalhador facilmente exposto a esses agentes, como explicitado por (OLIVEIRA, 2011, p. 164):

No entanto, a exceção tornou-se a regra no Brasil. Em vez de eliminar a insalubridade na fonte ou de adotar medidas coletivas de neutralização, o empresário prefere a solução mais cômoda, mais barata, porém a menos eficiente: fornecer o equipamento de proteção individual – EPI. Para o trabalhador, muitas vezes, o EPI é sinônimo de desconforto, incômodo que limita as percepções, causando, algumas vezes, até mesmo a sensação de insegurança.

Sugere ainda, que a prevenção é o melhor caminho para evitar o risco de lesar a integridade do trabalhador (OLIVEIRA, 2011, p. 148):

[...] O conhecimento atual na área da prevenção indica que o risco deve ser controlado desde a sua origem, evitando que possa propagar a ponto de atingir a interidade do trabalhador. A prioridade, por conseguinte, deve estar voltada para as medidas de prevenção, eliminando ou controlando o risco, em vez de contentar-se com as medidas de proteção, fornecendo equipamentos ao trabalho para limitar os efeitos nocivos.

Por essa razão entende-se que o simples fornecimento de EPIs nem sempre é capaz de evitar os efeitos nocivos dos agentes insalubres na vida e na saúde dos trabalhadores e medidas de prevenção devem ser adotadas para evitar o adoecimento e para efetivar o direito fundamental à saúde dos trabalhadores.

1.1 Os riscos da exposição de mulheres grávidas a ambientes insalubres

Como visto anteriormente, a exposição contínua a agentes insalubres não totalmente neutralizados pelo uso de Equipamentos de Proteção Individuais ou Coletivos, podem acarretar prejuízos à saúde do trabalhador.

A preocupação é ainda maior com relação às grávidas em ambientes insalubres, uma vez que o organismo da mulher grávida está enfrentando mudanças físicas e hormonais, estando mais suscetível às interferências externas, especialmente de ambientes que apresentam fatores de riscos à saúde da mulher e do feto.

A necessidade do afastamento das mulheres grávidas quando seu posto de trabalho é insalubre está ligada aos riscos reprodutivos, dentre os quais, Mendes (1995, p. 391) destaca:

[...] riscos físicos (temperaturas extremas, radiação ionizante, etc), estresse ergonômico e psicológico, agentes biológicos, agentes químicos (incluindo gases irritantes, gases asfixiantes e outras toxinas, como as substâncias mutagênicas e teratogênicas). A avaliação dos efeitos dessas classes de agentes sobre a reprodução é essencial para o desenvolvimento de opções de política administrativa, que reduzam ao mínimo o risco de ocorrência de efeitos adversos sobre a reprodução em trabalhadores e, ao mesmo tempo, protejam as oportunidades de emprego do trabalhador envolvido.

Diante deste entendimento, importante abordar aspectos da Reforma Trabalhista no tocante ao trabalho durante a gravidez em locais prejudiciais à saúde da mulher e, conseqüentemente, do feto.

Isto porque, antes de ser modificado pela Reforma Trabalhista, o Art. 394-A da CLT, incluído pela Lei nº 13.287, de 11 de Maio de 2016, possuía a seguinte redação: “Art. 394-A: A empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre.”.

Entretanto, após a Reforma Trabalhista que entrou em vigor em 11 de novembro de 2017 (Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017), o referido artigo passou a estabelecer condições ao afastamento da empregada grávida que trabalha em local insalubre:

Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de:

I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação;

II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde,

emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação; III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação.

Todavia, a Convenção nº 110 da OIT ratificada pelo Brasil, possuindo, portanto, caráter supralegal, preconiza em seu Art. 47, item 8: “Nenhuma mulher grávida poderá ser obrigada a executar qualquer tipo de trabalho que lhe seja prejudicial, no período anterior a licença de maternidade”.

E apesar de tratar sobre as Condições de Emprego dos Trabalhadores em Fazendas, a redação deste item citado, pode ser aplicado a todas as empregadas, seja em área rural ou urbana, visto que, assim como a gestante que trabalha em fazenda é digna de proteção, também as demais empregadas, seja qual for o ramo de atividade, fazem jus ao disposto nesta norma, devendo ser aplicada por analogia a todas as mulheres grávidas, que não devem ser obrigadas a executar atividades laborais que lhe sejam prejudiciais, protegendo, conseqüentemente, a vida do nascituro.

Ocorre que os incisos II e III do Art. 394-A da CLT, ao exigir a apresentação de atestado médico recomendando o afastamento em locais de insalubridade de grau médio ou mínimo, impõe condições para o efetivo alcance de tal garantia pelas gestantes que trabalham em atividades insalubres, dificultando o exercício do seu direito à saúde.

Tais dispositivos desencadearam a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5938, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos, por meio da qual o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou a matéria e declarou a inconstitucionalidade da exigência de apresentação de atestado

médico prevista no Art. 394-A, incisos II e III da CLT, conforme ementa abaixo colacionada:

DIREITOS SOCIAIS. REFORMA TRABALHISTA. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À MATERNIDADE. PROTEÇÃO DO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER. DIREITO À SEGURANÇA NO EMPREGO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE DA CRIANÇA. GARANTIA CONTRA A EXPOSIÇÃO DE GESTANTES E LACTANTES A ATIVIDADES INSALUBRES.

1. O conjunto dos Direitos sociais foi consagrado constitucionalmente como uma das espécies de direitos fundamentais, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado Democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

2. A Constituição Federal proclama importantes direitos em seu artigo 6º, entre eles a proteção à maternidade, que é a ratio para inúmeros outros direitos sociais instrumentais, tais como a licença-gestante e o direito à segurança no emprego, a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei, e redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

3. A proteção contra a exposição da gestante e lactante a atividades insalubres caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher quanto da criança, tratando-se de normas de salvaguarda dos direitos sociais da mulher e de efetivação de integral proteção ao recém-nascido, possibilitando seu pleno desenvolvimento, de maneira harmônica, segura e sem riscos decorrentes da exposição a ambiente insalubre (CF, art. 227).

4. A proteção à maternidade e a integral proteção à criança são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastados pelo desconhecimento, impossibilidade ou a própria negligência da gestante ou lactante em apresentar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar

o recém-nascido. 5. Ação Direta julgada procedente.

O relator expõe em seu voto que, devido à natureza da proteção à saúde da mulher e do feto, não se pode esperar que a empregada providenciasse um relatório médico para obter a proteção necessária à sua saúde e à saúde do nascituro, uma vez que a falta de conhecimento pode levar a prejuízos irreparáveis (STF, 2019):

A proteção à maternidade e a integral proteção à criança são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastados pelo desconhecimento, impossibilidade ou a própria negligência da gestante ou lactante em juntar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido.

Sendo assim, verifica-se que a saúde da mulher grávida e conseqüentemente do nascituro encontra guarida no direito, haja vista os estudos científicos que demonstram uma maior suscetibilidade de seu organismo com relação aos riscos da exposição a ambientes insalubres e, por essa razão, deve-se proibir o seu contato com agentes prejudiciais.

2 A IMPOSSIBILIDADE DE REALOCAÇÃO DA GRÁVIDA EM AMBIENTE SALUBRE E A RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR

Notadamente, a mulher grávida não deve trabalhar em local insalubre em razão da prejudicialidade para a sua saúde e da criança que está sendo gerada no seu ventre, sendo necessário realocá-la em um ambiente laboral salubre.

No entanto, ainda que não haja local salubre para que a empregada grávida possa laborar, deve-se mantê-la afastada das condições prejudiciais à sua saúde.

Na tentativa de regulamentar essa situação, a Reforma Trabalhista incluiu o §3º no Art. 394-A, §3º, delega ao INSS a responsabilidade de remunerar a empregada grávida durante todo o período de gravidez como sendo uma extensão do salário-maternidade (BRASIL, 2017):

Art. 394-A [...]

§ 3o Quando não for possível que a gestante ou a lactante afastada nos termos do caput deste artigo exerça suas atividades em local salubre na empresa, a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, durante todo o período de afastamento.

No entanto, não há previsão na Lei nº 8.212/91 que instituiu o Plano de Custeio da Previdência Social, ou na Lei nº 8.213/91, que regulamenta os benefícios previdenciários, nem tampouco na legislação que alterou as disposições sobre o tema, Lei nº 10.710/03, no tocante a extensão do salário-maternidade, uma vez que a norma estabelece apenas a concessão do referido benefício por 120 (cento e vinte dias) contados a partir de 28 (vinte e oito) dias da data do parto (BRASIL, 2003):

Art. 71. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade.

Tal situação, portanto, colide com o princípio previdenciário denominado regra da contrapartida, que prevê a necessidade da existência de uma fonte de custeio para cada benefício, princípio este que possui previsão constitucional contida no §5º do Art. 195 da Carta Magna (BRASIL, 1988):

Art. 195 [...]

§ 5º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

Previsão reforçada pela legislação infraconstitucional na redação do Art. 125 da Lei nº 8.213/91 (BRASIL, 1991):

Art. 125. Nenhum benefício ou serviço da Previdência Social poderá ser criado, majorado ou estendido, sem a correspondente fonte de custeio total.

E ainda pelo Art. 24 da Lei Complementar nº 101/2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal (BRASIL, 2000):

Art. 24. Nenhum benefício ou serviço relativo à seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a indicação da fonte de custeio total, nos termos do § 5º do art. 195 da Constituição, atendidas ainda as exigências do art. 17.

De acordo com Wagner Balera (2009, p.85):

Temos considerado que essa diretriz, que denominamos regra da contrapartida, desvela a preocupação do legislador constituinte, vedando a criação de benefícios ou serviços sem previsão da fonte de custeio, com o equilíbrio financeiro do sistema de proteção social.

Isto significa que, a inclusão pela Reforma Trabalhista de dispositivo que pretende repassar ao INSS a obrigação de remunerar a empregada grávida que não pôde ser realocada em local salubre, não possui exigibilidade, uma vez que não há correspondente fonte de custeio, nem mesmo previsão legal na lei de benefícios previdenciários, que estejam relacionadas à ampliação do salário-maternidade além do período já estabelecido.

Alguns doutrinadores já entendiam, mesmo antes da Reforma Trabalhista que, aos casos em que a empresa não dispõe de local de trabalho salubre para realocar a empregada grávida, caberia concessão de auxílio-doença previdenciário.

Tal é o entendimento de Bachur; Manso (2011, p. 51):

A melhor solução jurídica é seu afastamento temporário do trabalho durante os primeiros 15 (quinze) dias com recebimento dos salários e depois requerer o auxílio-doença.

No entanto, também opina Bachur; Manso (2011, p. 51) pela possibilidade de concessão da licença-remunerada paga pela empresa à empregada grávida que habitualmente labora em local insalubre:

Outra solução é a concessão de licença remunerada, porque o risco de atividade cabe à empresa e o salário tem natureza alimentícia. Assim, se durante o trabalho a mulher sentir que está causando prejuízo ao nascimento do filho durante a gestação, tem direito de transferir para outro posto de trabalho, seguindo a orientação médica.

A segunda hipótese parece ser a mais correta, uma vez que a concessão de auxílio-doença prescinde de constatação da incapacidade laborativa, como por exemplo, nos casos de gravidez de risco, situação que deve ser constatada e comprovada por meio de atestado médico de profissional qualificado, e não inserido no ordenamento jurídico, ao bel-prazer do legislador, que generalizou e conceituou de forma leiga e indevida o termo gravidez de risco, como o fez no §3º do Art. 394-A, equiparando-o à impossibilidade de realocação da empregada grávida em ambiente salubre.

Isto porque, o fato de não poder trabalhar em local insalubre não significa que a empregada grávida não possa trabalhar em outro local que seja salubre; significa apenas que se deve evitar o seu contato

com agentes de risco, não comportando relação, portanto, com incapacidade ao trabalho propriamente dita.

Diante disso, tem-se que a responsabilidade pelo pagamento dos salários da empregada grávida afastada por não haver local salubre para a sua realocação, até que exista fonte de custeio para extensão do salário-maternidade, é do empregador.

Igual é a interpretação de Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho (JOTA, 2019):

Logo, a única solução possível será o empregador que não dispuser de meios para realocar as gestantes e lactantes em ambiente salubre arcar com o salário da funcionária durante todo o período de gestação/lactação por meio de concessão de uma licença remunerada, sem transferir o ônus da sua situação particular para a autarquia previdenciária.

Noutro ponto de vista, Wladimir Novaes Martinez (1998, p. 691) reflete acerca da responsabilidade da seguridade social com relação à maternidade e também com relação à proteção contra a discriminação das mulheres no mercado de trabalho:

Até o advento da Lei n. 6.136/74, a licença à maternidade era um dever nitidamente laboral. Com essa norma, a responsabilidade pelo desembolso foi social e juridicamente atribuída à previdência social. Considerada a maternidade como contingência protegível, o instituto trabalhista transformou-se em benefício previdenciário, embora a razão da transferência do ônus pecuniário tenha sido evitar discriminação contra as mulheres.

Tal entendimento é corroborado com o que consta no relatório da Solução de Consulta nº 287 – Cosit da Receita Federal, na qual a auditora-fiscal do órgão, Mirza Mendes Reis, parte do mesmo raciocínio, citando também a Convenção nº 3 da OIT que prevê a

responsabilização do Estado no tocante ao pagamento do auxílio-maternidade (RFB, 2019):

Convém dizer também que a conversão do direito da trabalhadora gestante em prestação previdenciária obedeceu, ainda, razões decorrentes da aplicação da Convenção n.º 3, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que dispunha ser o então auxílio-maternidade um ônus estatal. Daí se concluir que, como prestação previdenciária, assume o lugar então ocupado pela responsabilidade patronal, encarando-se a maternidade como um risco social da trabalhadora.

Daí porque o diferente entendimento com relação à responsabilidade do empregador de arcar com os salários das empregadas grávidas que não podem ser realocadas em locais salubres, uma vez que tal responsabilidade seria do Estado por meio da previdência social.

Reforçando esse entendimento, ainda que não haja a respectiva fonte de custeio, a Receita Federal, por meio da solução de consulta acima mencionada, pacificou a questão levantada pelo teor do §3º do Art. 394-A da CLT, ou seja, a extensão do salário-maternidade, determinando que o empregador pague o salário à empregada grávida não realocada e compense como crédito previdenciário tal período (RFB, 2019):

SALÁRIO-MATERNIDADE. ATIVIDADE INSALUBRE. GRAVIDEZ DE RISCO POR INSALUBRIDADE. COMPENSAÇÃO (DEDUÇÃO). POSSIBILIDADE. Segundo a previsão legal objeto do artigo 394-A, e § 3º, da CLT, ao contribuinte é permitido o direito à dedução integral do salário-maternidade, durante todo o período de afastamento, quando proveniente da impossibilidade de a gestante ou lactante, afastada em face de atividades consideradas insalubres, e esta não possa exercer suas atividades em local salubre na empresa, restando caracterizada a hipótese como gravidez de risco. No

caso de terceirização, a empregadora precisa comprovar a impossibilidade de exercício de função em ambiente salubre de seu(s) estabelecimento(s) ou de outra contratante de seus serviços de terceirização e não somente no estabelecimento da empresa onde a gestante estava alocada. Dispositivos Legais: Constituição Federal de 1988, artigos 7º, incisos XVIII, XX e XXII, e 201, inciso II; Lei n.º 6.136, de 1974, artigo 1º; Lei n.º 8.213, de 1991, artigo 71, parágrafo 1º; Lei n.º 13.467, de 2017, artigo 1º; CLT, artigo 394-A, inciso II, e parágrafo 3º; RPS aprovado pelo Decreto n.º 3.048, de 1999, artigos 93, parágrafo 1º, 94 e 96; e IN RFB n.º 971, de 2009, artigos 86, parágrafo 2º, e 93.

Nesse sentido, infere-se que existem duas correntes no tocante à responsabilidade pelo pagamento dos salários da empregada gestante que trabalhe habitualmente em local insalubre e não for possível a sua realocação para local salubre.

A primeira é a de que, em razão da regra da contrapartida que determina a existência de uma fonte de custeio para que seja possível a criação ou ampliação de qualquer benefício previdenciário, bem como diante da falta de previsão legal dessa ampliação na legislação que regulamenta os benefícios previdenciários, a responsabilidade pelo pagamento dos salários da empregada gestante não realocável seria do empregador.

Por outro lado, a segunda corrente interpreta como sendo obrigação do Estado por meio da previdência social, até mesmo como um meio de proteção à discriminação contra a mulher no ambiente de trabalho, o pagamento do salário-maternidade, incluindo sua extensão em caso de impossibilidade de realocação da empregada gestante que habitualmente trabalha em ambiente insalubre, devendo o empregador pagar diretamente a empregada e realizar a compensação destes pagamentos como créditos previdenciários.

Verifica-se, no entanto, que na prática as empresas seguirão a segunda corrente, uma vez que encontra respaldo no entendimento da Receita Federal com relação às compensações, todavia, permanecerá o impasse no tocante à fonte de custeio, princípio basilar do direito previdenciário, previsto tanto na Constituição Federal como também na legislação infraconstitucional que regulamenta os benefícios previdenciários e sua fonte de custeio.

CONCLUSÃO

Diante do que fora estudado, depreende-se, inicialmente, a relevância da proibição do trabalho da gestante em local insalubre, tendo em vista os riscos para a vida e saúde da mãe e do nascituro ao ficarem expostos ou em contato com agentes de risco.

Notou-se que tal proteção encontra guarida no ordenamento jurídico pátrio, como também internacional, no que tange às Convenções da OIT ratificadas pelo Brasil, que possuem *status* de norma constitucional e caráter supralegal.

Ademais, integra-se aos direitos e garantias sociais irrenunciáveis, a proteção à maternidade e ao nascituro, portanto, qualquer situação que importe em risco para a vida e saúde de ambos, deverá ser afastada.

Verificou-se também que o Supremo Tribunal Federal desempenhou papel importante ao julgar inconstitucional os incisos II e III do Art. 394-A da CLT, incluídos pela Reforma Trabalhista, uma vez que condicionavam o afastamento da gestante e lactante de ambientes insalubres, à apresentação de atestado médico proibitivo, o que nem sempre aconteceria, seja por negligência da empregada, seja por desconhecimento, empecilhos para a obtenção do relatório médico

ou até mesmo por temor ao desemprego, o que poderia ocasionar prejuízos irreparáveis aos tutelados.

Desta feita, ante a impossibilidade de trabalhar em local insalubre, a gestante e lactante que normalmente laboram nessas condições, devem ser realocadas em local salubre, a fim de evitar riscos à saúde da mulher e da criança.

Por outro lado, verificou-se que a Reforma Trabalhista acresceu também ao Art. 394-A da CLT, o §3º que dispõe sobre os casos em que há impossibilidade de realocação da empregada em local salubre, classificando equivocadamente tal situação, como gravidez de risco, comportando adiantamento do salário-maternidade, benefício regulamentado pela legislação previdenciária.

Todavia, notadamente o fato da gestante não poder trabalhar em local insalubre, não significa que sua gravidez seja de risco, uma vez que tal situação está relacionada à questão médica, devendo ser atestada por profissional qualificado e não definida por redação legal.

Depreendeu-se, ainda que, diante dessa situação de impossibilidade de realocação, existem duas correntes acerca da responsabilização pelo pagamento dos salários da gestante.

A responsabilidade por parte da seguridade social encontra óbice no princípio previdenciário conhecido como regra da contrapartida, que estabelece a necessidade de existência de uma fonte de custeio para cada benefício previdenciário, não comportando criação, majoração ou extensão de benefícios sem indicação da referida fonte de custeio.

Noutra vertente, a responsabilização do empregador pelos salários da empregada gestante que não pôde ser realocada, se esbarra no entendimento de que o Estado deve suportar o ônus de ser mantenedor do salário-maternidade, diante de sua obrigação com relação à proteção social, até mesmo para se evitar a discriminação da

mulher no mercado de trabalho, uma vez que onerar demasiadamente o empregador pode desestimulá-lo a contratar empregadas mulheres, aprofundando as desigualdades.

Neste sentido, verificou-se que diante da existência de orientação fornecida pela própria Receita Federal, o empregador pagará o salário-maternidade à empregada nas condições debatidas durante todo o período da gravidez e amamentação, podendo realizar a compensação dos valores pagos no período indicado como crédito previdenciário.

Apesar da possibilidade levantada por esta segunda corrente, ainda resta a dúvida com relação à fonte de custeio que não fora indicada, diante da extensão do benefício em comento, além de não haver previsão legal na legislação previdenciária com relação à modificação do seu prazo no caso em debate.

Conclui-se, portanto, que os critérios de responsabilização do empregador pelo pagamento dos salários da empregada gestante que trabalha em ambiente insalubre sem possibilidade de realocação, não estão totalmente definidos e, certamente, serão objeto de controvérsias jurídicas, tendo em vista os pontos controversos que foram abordados no presente artigo.

REFERÊNCIAS

AMORIM Jr, Cléber Nilson. **Segurança e saúde no trabalho : princípios norteadores** / Cléber Nilson Amorim Junior. — 2. ed. — São Paulo : LTR, 2017.

BACHUR, Tiago Faggioni; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. **Licença Maternidade e Salário Maternidade. Na Teoria e na Prática**. Editora Lemos e Cruz, [S.l.] 2011.

BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.*

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de Maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho.** Brasília, DF, mai 1943.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Lei n. 8.212, de 24 de Julho de 1991. **Plano de custeio da seguridade social.** Brasília, DF, jul 1991.

_____. Lei n. 8.213, de 24 de Julho de 1991. **Lei de planos e benefícios da previdência social.** Brasília, DF, jul 1991.

_____. Lei complementar n. 101, de 04 de Maio de 2000. **Lei de responsabilidade fiscal.** Brasília, DF, jul 1991.

_____. Lei n. 10.710, de 05 de Agosto de 2003. **Salário-maternidade da empregada gestante.** Brasília, DF, jul 1991.

_____. Lei n. 13.287, de 11 de Maio de 2016. **Proibição do trabalho da gestante ou lactante em atividades, operações ou locais insalubres.** Brasília, DF, mai 2016.

_____. Lei n. 13.467, de 13 de Julho de 2017. **Reforma Trabalhista.** Brasília, DF, jul 2017.

JOTA. *O que fazer quando não é possível realocar gestantes em local não insalubre?. Autor: Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/realocar-gestantes-insalubre-02082019>>. Acesso em 22 jan. 2020.*

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário - Tomo II - Previdência Social. São Paulo: Editora LTr, 1998.*

MENDES, R. Patologia do trabalho. Traduzido por Jovee Lenora Douglas. Rio de Janeiro: Atheneu, 1995.

OIT. Convenção n. 3. **Convenção Relativa ao Emprego das Mulheres antes e depois do parto (Proteção à Maternidade).** Washington, 1919.

_____. Convenção n. 110. **Convenção sobre as Condições de Emprego dos Trabalhadores em Fazendas.** Genebra, 1958.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção jurídica à saúde do trabalhador. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2011.

PORTAL STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5938).* Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341223346&ext=.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2020.

SISTEMA NORMAS RECEITA FEDERAL. *Solução de Consulta Cosit n. 287, de 14 de outubro de 2019.* Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=104368>. Acesso em: 30 jan. 2020.

**AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA
PESSOA HUMANA FACE AO NÃO
CUMPRIMENTO DO ITEM 24.5 DA NR 24:
DAS CONDIÇÕES SANITÁRIAS E CONFORTO
DOS LOCAIS DE REFEIÇÕES NO AMBIENTE DE
TRABALHO**

***CONCERNS THE HUMAN PERSON'S DIGNITY
PRINCIPLE FACE TO THE NON-COMPLIANCE OF
ITEM 24.5 of NR 24:
OF SANITARY CONDITIONS AND COMFORT OF
MEALING PLACES IN THE WORKPLACE***

*Simone Camilo Gomes²⁹⁰
Fabiano de Almeida Oliveira²⁹¹*

RESUMO

Esta pesquisa tem por finalidade analisar o descumprimento do item 24.5 da NR 24, que estabelece diretrizes para o local adequado de refeições dos trabalhadores com o objetivo de apontar que tal descumprimento viola o princípio da dignidade da pessoa humana. A metodologia adotada para a pesquisa partirá da revisão bibliográfica, fontes doutrinárias, jurisprudenciais e normativas acerca do assunto, com o intuito de demonstrar que a não observância do Item 24.5 da NR 24 viola o princípio da dignidade da pessoa humana. Será

²⁹⁰ Pós-Graduanda em Direito e Processo do Trabalho pela FDRP/USP, Bacharela em Direito pelo Mackenzie-Rio.

²⁹¹ Doutorando em Filosofia pela PPGF-UFRJ, Mestre em Filosofia FFLCH-USP, Bacharel em Filosofia pela FFLCH-USP. Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM).

analisada a obrigatoriedade de cumprimento das NRs, bem como a consequência do não cumprimento, e por fim concluir a relação do descumprimento com a violação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras-Chave: Princípio da dignidade da pessoa humana, Normas Reguladoras, Constituição, Obrigação, Humanístico.

ABSTRACT

This research aims to analyze the breach of item 24.5 of NR 24, which establishes guidelines for the proper place of meals for workers in order to point out that such breach violates the principle of human dignity. The methodology adopted for the research will start from the bibliographic review, doctrinal sources, jurisprudence and normative on the subject, in order to demonstrate that the non-observance of item 24.5 of Nr 24 violates the principle of human dignity. The obligation to comply with the NRs will be analyzed, as well as the consequence of non-compliance, and finally conclude the relationship of non-compliance with the violation of the principle of human dignity.

Key Words: Principle of human dignity, Regulatory Norms, Constitution, Obligation, Humanistic.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por finalidade analisar o descumprimento da NR 24, Item 24.5, que dispõe dos lugares adequados para refeição nos locais de trabalho.

O trabalho irá verificar que os descumprimentos da NR 24, item 24.5, estão diretamente ligados à violação do princípio da dignidade da pessoa humana.

O presente trabalho se dedicará a responder a seguinte questão: o descumprimento da NR 24 está violando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana?

Como visto acima, o objetivo geral deste trabalho é analisar a violação do princípio da dignidade da pessoa humana, face ao não cumprimento do item 24.5 da NR 24. No entanto, dentro deste objetivo geral, existem outros mais específicos, que irão guiar esta pesquisa, como os que se seguem.

Será analisada a obrigatoriedade do cumprimento das NRs, bem como a quem compete fiscalizar.

Para se alcançar estes objetivos, o primeiro tópico terá como finalidade apresentar o contexto histórico e conceituar o princípio da dignidade da pessoa humana. Após consolidar este passo mais elementar, será possível passar ao capítulo seguinte.

No tópico segundo será analisado a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal Brasileira de 1988.

O tópico terceiro, por sua vez, tratará, especificamente, da relação do princípio da dignidade da pessoa humana com a NR 24, conceituando o que são as NRs e descrevendo do que se trata a NR 24.

Por último, trataremos do conceito de qualidade de vida no trabalho (QVT), a fim de verificar as consequências positivas experimentadas por uma empresa que atenta às diretrizes ligadas à QVT.

A escolha do tema se deu em função de ter me deparado, em empresas de porte médio onde trabalhei, com ambientes de trabalho que não possuíam sequer um copo para os funcionários se alimentarem de forma adequada. Em um dos lugares, inclusive, havia sido improvisado um local debaixo de uma escada, onde se guardava material de construção e produtos de limpeza. Situações como essa me levaram a refletir muito sobre o assunto, o que me levou a questionar não só a questão legal, mas também humana.

A metodologia adotada para a pesquisa partirá da revisão bibliográfica, fontes doutrinárias, jurisprudenciais, normativas acerca do assunto, procurando explicar e discutir o tema com base na Legislação Trabalhista e Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

1 CONCEITO, ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS E DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A ideia de Direitos Humanos Universais é bem recente, mas a busca por um fundamento que determinasse as características comuns presentes a todos os homens remonta à antiguidade.

Antes de determinarmos, historicamente, quando e onde se deram os primeiros sinais daquilo que hoje convencionou-se chamar de Direitos Humanos, precisaremos voltar um pouco à história das ideias para entendermos melhor sua evolução conceitual.

1.1 A Origem do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e seu Desenvolvimento

Para se falar sobre Direitos Humanos, primeiramente é preciso determinar o que nos faz “humanos”, ou o que é o “homem”. Na Grécia antiga, por exemplo, sempre se acreditou na existência de um ordenamento cósmico comum a todos os homens. Este ordenamento invisível, também conhecido como as “leis não escritas”, seria distinto das leis feitas pelos homens em sociedade (COMPARATO, 2010, p. 25). Este ordenamento cósmico seria o responsável por todas aquelas características comuns aos homens. Atribuía-se aos deuses sua origem.

Entre os pensadores gregos clássicos (Sofistas e Aristóteles, p. ex.) e helenistas (estoicos), este ordenamento cósmico (leis não escritas, subjacentes a todos os homens) passaram a ser identificadas com a ideia de natureza (*physis*) (COMPARATO, 2010, p. 26). Aristóteles chegou a chamar este ordenamento natural de “leis comuns”, distinguindo-o das leis particulares de cada povo (Retórica I, 1368 b). Os romanos mais tarde chamaram de *ius gentium*, ou direito comum das gentes. É daí que se afirma a distinção proposta por eles entre natureza (*physis*) e costume (*nomos*, leis escritas). À semelhança de todo o cosmos, o homem também é dotado de uma natureza peculiar que o distingue dos demais seres animados e inanimados. Esta natureza consistiria sobretudo de sua capacidade racional e seria a responsável em determinar, de uma vez para sempre, todo o potencial a ser desenvolvido até que o indivíduo atingisse a sua plenitude enquanto ser pensante e social.

No entanto, era necessário distinguir a natureza própria do ser humano (aquilo que o qualificaria enquanto tal) da função social exercida por ele no contexto da Polis grega (COMPARATO, 2010, p. 27-28). Pois do ponto de vista étnico ou político, nem todos eram vistos como iguais. Uns eram escravos, outros estrangeiros, mulheres, crianças, bárbaros, etc. Buscou-se então, a partir da metafísica grega, estabelecer a distinção entre a “essência” do ser humano e aquilo que não seria essencial à sua natureza enquanto tal (Aristóteles). A “essência” seria o fundamento ontológico ou metafísico para a igualdade de todos os homens. Tudo o mais seria “acidental”, ou não essencial como definidor da natureza humana. Ex.: Corpo, cor da pele, cabelo, altura, peso, condição social e política, tudo isso seria considerado acidental ou não essencial, pois seriam contingências biológicas, históricase culturais responsáveis por todas as diferenças

e desigualdades entre os homens. Já a alma racional não. Esta seria a verdadeira essência responsável pela igualdade entre todos os homens.

Mais tarde, os filósofos estoicos retomarão essa discussão contrapondo os termos hypóstasis (essência, substância) e prósopon (pessoa ou personagem) (COMPARATO, 2010, p. 28). Hypóstasis seria a essência definidora do ser humano, a sua natureza própria, enquanto que prósopon seria a aparência temporal assumida por esta essência. Somente com os pensadores medievais (a partir de Boécio, sec. VI d. C.) é que o conceito de pessoa (prósopon) passará a designar a natureza racional e substancial própria dos indivíduos (hypóstasis) e, portanto, aquilo que há de comum neles. Será a partir desta concepção de natureza humana enquanto “pessoa” é que filósofos escolásticos como Tomás de Aquino se elaborará para valer o princípio de igualdade essencial a todo ser humano através da ideia de “direito natural” (COMPARATO, 2010, p. 31-32)..

A partir deste momento todas as leis eclesiásticas e seculares, criadas pelos homens, precisarão se conformar à ideia de direito natural. É interessante notar, que este passo representa um avanço em relação à concepção antiga. Entre os antigos apenas se reconhecia existência destas duas formas de “leis”. As leis comuns e naturais e as leis escritas e praticadas pela sociedade. Mas não se estabelecia entre elas nenhum tipo de hierarquia de valor, e quando se fazia, a tendência era enfatizar a importância das leis e direitos de cidadania sobre os direitos naturais dos indivíduos.

Já na modernidade se opera uma nova etapa na construção dos direitos humanos universais. Em Kant (séc. XVIII), a pessoa humana será vista como um ser racional dotado de vontade e liberdade e, portanto, como um fim em si mesmo, diferentemente dos seres irracionais que não são dotados de razão, vontade e nem liberdade. Estes estariam na condição de “meios”, um “algo” ou “coisa”,

podendo ser usados pela vontade humana para alcançar seus fins sem que isso configure como algo imoral (COMPARATO, 2010, p. 33). É dessa distinção que deriva a dignidade humana. Essa concepção kantiana da pessoa e da dignidade humanas se opõe a toda objetificação (reificação) dos seus iguais, como por exemplo acontecia com a escravidão.

O que se segue depois de Kant é o contínuo declínio da ideia metafísica de natureza, como recurso onde antes se fundamentava o princípio da dignidade humana, e a crescente valorização da ideia de liberdade como aquilo que realmente fundamenta a dignidade da pessoa humana. As correntes de pensamento no XIX e XX adicionarão ao fato da liberdade humana a importância de se ver a pessoa humana como um ente histórico, inacabado, em constante processo de construção e completamente identificado com o meio onde existe, sua situação concreta (COMPARATO, 2010, p. 39-40). Portanto, toda tentativa de avaliar o que é o homem de forma abstrata, à parte de sua própria situação histórica e concreta falhará e compreende-lo. A ciência moderna, especialmente através dos campos da teoria evolucionista e da genética, também agregaram novos significados e suscitaram recentes desafios ao conceito de pessoa humana e, por conseguinte, ao conceito de dignidade humana.

1.2 Evolução Histórica dos Direitos Humanos: Breve Apanhado Panorâmico

Podemos dizer que uma das primeiras precursoras daquilo que conhecemos hoje como Direitos Humanos foi a Magna Carta, escrita na Inglaterra por volta de 1215. Visava limitar o poder do rei às leis estabelecidas, assegurando os direitos dos barões e clérigos e algumas

das liberdades fundamentais dos súditos (COMPARATO, 2010, p. 97, 39).

A Lei de Habeas Corpus inglesa de 1679, por sua vez, representou um passo além, pois era uma lei que garantia a liberdade de locomoção àqueles indivíduos alvos de denúncias as mais variadas. A importância histórica dessa lei se deveu ao fato de ter se tornado a matriz de todas as outras leis relacionadas à garantia das liberdades fundamentais.

A Declaração de Direitos (Bill of Rights) inglesa de 1689, foi pioneira ao pôr fim ao regime de monarquia absoluta na qual todo poder emanava do rei e em seu nome era exercido (COMPARATO, 2010, p. 109).

A Declaração de Independência e a Constituição norte-americana, escritas entre os anos de 1776-1787, representaram um grande avanço na consolidação dos princípios democráticos e dos direitos humanos que conhecemos hoje. Estabeleceram o princípio da igualdade jurídica dos indivíduos, a defesa das liberdades individuais e a submissão dos poderes governamentais ao consentimento popular, como por exemplo a afirmação dos princípios democráticos (COMPARATO, 2010, p.138).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, na França, veio logo em seguida, por ocasião da Revolução Francesa. A Revolução Francesa pretendia que este acontecimento servisse de parâmetro universal para as demais nações, daí porque nesta mesma declaração temos a menção aos direitos do homem e aos direitos específicos dos cidadãos franceses, estabelecendo de forma bem mais precisa e enfática os direitos civis e políticos fundamentais. (COMPARATO, 2010, p. 171).

No século XIX temos a Convenção de Genebra de 1864 que, em termos internacionais, inaugura o direito humanitário. São leis

humanitárias e internacionais que visavam resguardar os direitos de soldados e populações civis nas ocasiões de guerra. (COMPARATO, 2010, p. 187, 188).

No início do século XX temos a Constituição Mexicana de 1917 como um dos primeiros marcos em termos de direitos trabalhistas. Foi a primeira a garantir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e direitos políticos. Essa declaração foi pioneira no estabelecimentos de direitos sociais, algo que só acontecerá na Europa após o fim da primeira grande guerra. (COMPARATO, 2010, p.196).

Em 1926 temos as Convenções de Genebra contra a Escravidão, e em 1929, sobre os prisioneiros de guerra.

Após a segunda grande guerra mundial temos em 1945 a Carta das Nações Unidas. Neste mesmo ano se deu o surgimento da ONU como resposta à tragédia ocasionada pela segunda grande guerra. Nela se reafirma, sobretudo, a garantia às liberdades individuais.

E finalmente em 1948 temos a Declaração Universal dos Direitos Humanos que reflete todas as conquistas anteriores em relação aos direitos humanos consolidados na forma de 30 artigos que têm como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana.

2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

O Princípio da Dignidade da pessoa humana é um primado amplo e de cunho universal, e no Brasil tem sua base constitucional, previsto no artigo 1º inciso III da Carta Magna, sendo um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito do Estado Brasileiro, não tendo somente caráter normativo, mas também aspecto ético-valorativo. Nesse sentido aborda Sarmento:

No Brasil, a dignidade da pessoa humana figura como “fundamento da República” no art.1º, inciso III, da constituição brasileira. O princípio já foi apontado pela nossa doutrina como um “valor supremo da democracia”, como a “norma das normas dos direitos fundamentais”, como o “princípio dos princípios constitucionais”, como o “coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana”. (SARMENTO, 2016, p.14)

A importância dada ao princípio da dignidade da pessoa humana na constituição brasileira emergiu com o término da ditadura militar, como preconiza Sarlet:

A nossa constituição vigente, inclusive (embora não exclusivamente) como manifesta reação do período autoritário precedente- no que acabou trilhando caminho similar ao percorrido entre outras ordens constitucional, pela Lei Fundamental da Alemanha, e, posteriormente, pelas constituições de Portugal e da Espanha- foi a primeira da história do constitucionalismo pátrio destinado aos princípios fundamentais, situado em manifesta homenagem ao especial significado e função destes, na parte inaugural do texto, e logo após o preâmbulo e antes dos direitos fundamentais. (SARLET, 2006, p.61)

Já de acordo com Sarmento (2016, p.15) essa importância atribuída à dignidade da pessoa humana no Brasil e no constitucionalismo global representa um avanço civilizatório:

Afinal, trata-se de princípio profundamente humanista, baseando na valorização da pessoa e comprometido com a garantia dos seus direitos básicos contra todas as formas de injustiça e opressão. (SARMENTO, 2016, p.15)

Novais complementa a ideia aclarando que o referido princípio é supremo e representa a estrutura basilar da ordem jurídica nacional,

tendo em vista refletir uma proteção mais abrangente, inclusiva e pluralista.

No entanto, numa sociedade aberta como é o Estado de Direito Democrático dos nossos dias, essa hipótese de partida está, por definição, excluída, já que aquilo que se procura é, desejavelmente, chegar a um conceito e uma concepção do princípio da dignidade da pessoa humana enquanto princípio jurídico, mas também como princípio constitucional supremo em que assenta toda a ordem jurídica, e, logo, com um conteúdo abrangente, inclusivo, aberto, dinâmico, assente num consenso constitucional em que as várias correntes e concepções próprias de um pluralismo razoável no nosso tempo se possam rever. (NOVAIS, 2018, p.25)

Além disso, este autor ressalta que o respeito aos direitos fundamentais simboliza a concretização do primado em comento, ao passo que o eventual desrespeito, por si só, já macula a dignidade humana:

Nessa visão, todos os direitos fundamentais seriam, de algum modo, expressão e concretização da dignidade da pessoa humana e, reciprocamente, qualquer violação de um direito fundamental constituiria simultaneamente uma violação da dignidade da pessoa humana. (NOVAIS, 2018, p.27)

3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA RELACIONADO AO ITEM 24.5 DA NR 24

O princípio da dignidade está ligado diretamente a NR 24, ítem 24.5, pois trata de uma condição básica que o empregador deverá oferecer ao empregado.

Sobre esse contexto, aborda Carlos Leite:

Sob o prisma do princípio da dignidade humana, por exemplo, o empregador passa a ter deveres que assegurem aos seus empregados condições de

existência digna para uma sadia qualidade de vida no ambiente laboral. (LEITE, 2019, p.129)

O não cumprimento da NR 24, de acordo com as decisões dos tribunais, caracteriza ofensa ao direito da dignidade da pessoa humana, como se vê na ementa a seguir do processo de nº 0001457-30.2011.5.24.0021, da 1º turma do tribunal da 24º região:

Órgão Julgador: 1ª TURMA Data de Julgamento: 26/06/2012 Relator: NERY SÁ E SILVA DE AZAMBUJA Ementa INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - AUSÊNCIA DE LOCAL APROPRIADO PARA OS EMPREGADOS TOMAREM A REFEIÇÃO. Em sendo comprovado que o empregador não disponibilizava um ambiente apropriado para os empregados tomarem sua refeição, com condições mínimas de higiene, em afronta ao disposto no art. 200, VII, da CLT, há de se manter a condenação ao pagamento da indenização por danos morais, porquanto caracterizada a ofensa ao direito da dignidade da pessoa humana, consagrado no artigo 1º da Constituição Federal. Recurso parcialmente provido.

3.1 O que são as NRs

As NRs são normas reguladoras de saúde e segurança do trabalho, instituídas pela Portaria nº 3.214, de 08 de julho de 1978, dispõem de obrigações, direitos e deveres a serem cumpridos pelas empresas e seus funcionários, a fim de prevenir doenças e acidentes de trabalho, garantindo aos trabalhadores um ambiente de trabalho seguro e sadio.

De acordo com o Artigo 156, inciso I da CLT, compete às Delegacias Regionais do trabalho, promover a fiscalização do cumprimento das normas de segurança e medicina de trabalho.

3.2 O que dispõe a NR 24, item 24.5?

A NR 24 trata das condições sanitárias e de conforto nos locais de trabalho, e o item 24.5 dispõe dos locais adequados para refeição, como segue:

24.5 Locais para refeições

24.5.1 Os empregadores devem oferecer aos seus trabalhadores locais em condições de conforto e higiene para tomada das refeições por ocasião dos intervalos concedidos durante a jornada de trabalho.

24.5.1.1 É permitida a divisão dos trabalhadores do turno, em grupos para a tomada de refeições, a fim de organizar o fluxo para o conforto dos usuários do refeitório, garantido o intervalo para alimentação e repouso.

24.5.2 Os locais para tomada de refeições para atender até 30 (trinta) trabalhadores, observado o subitem

24.5.1.1, devem:

- a) ser destinados ou adaptados a este fim;
- b) ser arejados e apresentar boas condições de conservação, limpeza e higiene; e
- c) possuir assentos e mesas, balcões ou similares suficientes para todos os usuários atendidos.

24.5.2.1 A empresa deve garantir, nas proximidades do local para refeições:

- a) meios para conservação e aquecimento das refeições;
- b) local e material para lavagem de utensílios usados na refeição; e
- c) água potável. (Portaria SEPRT nº 1.066 de 2019)

Quando se tratar de empresas com mais de 30 (trinta) funcionários, as exigências são ainda maiores, como se segue:

24.5.3 Os locais destinados às refeições para atender mais de 30 (trinta) trabalhadores, conforme subitem 24.5.1.1, devem:

- a) ser destinados a este fim e fora da área de trabalho;
- b) ter pisos revestidos de material lavável e impermeável;

- c) ter paredes pintadas ou revestidas com material lavável e impermeável;
- d) possuir espaços para circulação;
- e) ser ventilados para o exterior ou com sistema de exaustão forçada, salvo em ambientes climatizados artificialmente;
- f) possuir lavatórios instalados nas proximidades ou no próprio local, atendendo aos requisitos do subitem 24.3.4;
- g) possuir assentos e mesas com superfícies ou coberturas laváveis ou descartáveis, em número correspondente aos usuários atendidos;
- h) ter água potável disponível;
- i) possuir condições de conservação, limpeza e higiene;
- j) dispor de meios para aquecimento das refeições; e
- k) possuir recipientes com tampa para descarte de restos alimentares e descartáveis. (Portaria SEPRT nº 1.066 de 2019).

Já o item 24.5.4, dispõe sobre as empresas que estão dispensadas de cumprir o a o item 24.5, como se observa:

24.5.4 Ficam dispensados das exigências do item 24.5 desta NR:

- a) estabelecimentos comerciais bancários e atividades afins que interromperem suas atividades por 2 (duas) horas, no período destinado às refeições;
- b) estabelecimentos industriais localizados em cidades do interior, quando a empresa mantiver vila operária ou residirem, seus trabalhadores, nas proximidades, permitindo refeições nas próprias residências.
- c) os estabelecimentos que oferecerem vale-refeição, desde que seja disponibilizado condições para conservação e aquecimento da comida, bem como local para a tomada das refeições pelos trabalhadores que trazem refeição de casa. (Portaria SEPRT nº 1.066 de 2019)

3.3 Quanto ao dever/obrigação de cumprimento das NRs

A obrigatoriedade do cumprimento das NRs, advém do artigo 200 da CLT, que dispõe que cabe ao Ministério do Trabalho, hoje denominada como Secretaria de Trabalho do Ministério da Economia, estabelecer disposições complementares às normas de que trata o Capítulo V. Nesse sentido as NRs foram instituídas pela Portaria nº 3.214, de 08 de julho de 1978. Sendo assim, toda empresa deverá atentar para cumpri-las.

A não observância de tais normas, importa em nas penalidades do artigo 201 da CLT que descreve:

Art 201 - As infrações ao disposto neste Capítulo relativas à medicina do trabalho serão punidas com multa de 3 (três) a 30 (trinta) vezes o valor de referência previsto no artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 6.205, de 29 de abril de 1975, e as concernentes à segurança do trabalho com multa de 5 (cinco) a 50 (cinquenta) vezes o mesmo valor.

Parágrafo único - Em caso de reincidência, embaraço ou resistência à fiscalização, emprego de artifício ou simulação com o objetivo de fraudar a lei, a multa será aplicada em seu valor máximo.

3.4 Aplicação da NR 24, item 24.5, relacionado a dignidade da pessoa humana

Atualmente não é raro vermos empregadores não relacionando o princípio da dignidade da pessoa humana às relações de trabalho. Partindo dessa constatação nos deparamos, em nosso dia-dia, com condições precárias impostas aos trabalhadores, que muitas das vezes, ocorrem não por falta de recursos de uma empresa, e sim numa tentativa de economia e redução de gastos.

Cumprir destacar que, oferecer um local qualquer que não se enquadre nas condições impostas pela NR, também infringe a norma, não cabendo apenas a disponibilização de um local qualquer, mas sim de um local adequado de acordo com a norma regulamentadora.

Quando um estabelecimento comercial solicita licença, ou passa pelo processo de aprovação do alvará, para exercer uma atividade econômica, geralmente não são levadas em consideração às condições que tal lugar proporcionará aos trabalhadores, mas preocupando-se tão somente com a segurança e conforto do público/cliente.

Vale destacar que a CLT, em seu artigo 160, dispõe que nenhum estabelecimento poderá iniciar suas atividades sem prévia inspeção e aprovação das respectivas instalações pela autoridade regional competente em matéria de segurança e medicina do trabalho. Porém, em muitos casos, tal inspeção não acontece. Segue o artigo 160 da CLT:

Art. 160 - Nenhum estabelecimento poderá iniciar suas atividades sem prévia inspeção e aprovação das respectivas instalações pela autoridade regional competente em matéria de segurança e medicina do trabalho.

§ 1º - Nova inspeção deverá ser feita quando ocorrer modificação substancial nas instalações, inclusive equipamentos, que a empresa fica obrigada a comunicar, prontamente, à Delegacia Regional do Trabalho.

§ 2º - É facultado às empresas solicitar prévia aprovação, pela Delegacia Regional do Trabalho, dos projetos de construção e respectivas instalações.

Diante disso, muitas das vezes, o que se observa na prática é a criação de projetos magníficos, mas que, por outro lado, não

contemplam uma condição mínima de trabalho, conforme prescreve a legislação.

Tão pouco se pensa onde os funcionários irão almoçar, levando-se em consideração, principalmente, as grandes cidades, nas quais o tempo disponibilizado para almoço, não é suficiente para que o empregado possa ir em casa almoçar e voltar.

Em situações como essa, em que não se pensa nessa estrutura mínima para os empregados, os lugares das refeições, muitas das vezes, são improvisados pelos próprios funcionários em locais insalubres, sem ventilação ou higiene adequada, e compartilhado com produtos de limpeza entre outros.

Tal problema pode ocorrer devido à falta de informação/especialização, por parte de quem idealiza os projetos, bem como pela falta de sensibilidade ou empatia, pois não se trata apenas de uma questão de falta de conhecimento da regulamentação, mas tem a ver também com falta de espírito humanitário. E quando a empresa assim procede, impondo a um funcionário que se alimente em condições precárias, não restam dúvidas de que o que se está violando é o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesses casos, o que costuma acontecer é que quando o trabalhador é demitido, ele procura o judiciário em busca de uma indenização, pois tal situação costuma gerar indenizações por danos morais. Mas talvez fosse mais importante para a classe trabalhadora que se pensasse em alternativas preventivas e não litigiosas para esta questão.

As empresas deveriam priorizar a qualidade de vida do empregado no trabalho, como por exemplo, um lugar adequado para as refeições, pois ao fazerem isso estariam se enquadrando de forma satisfatória na legislação e atendendo ao princípio da dignidade da pessoa humana.

4. CONCEITO DE QUALIDADE DE VIDA NO TRABALHO (QVT)

Uma empresa que investe em lugares adequados para refeições, por exemplo, não está somente cumprindo normas, mas está também contribuindo para a qualidade de vida de seus funcionários e, como consequência, reduzindo também a probabilidade de um processo. Ou seja, sob esta ótica, está investido em direito do trabalho preventivo, além de contribuir com a saúde e segurança de seus trabalhadores.

Para Louis Davis (apud, CHIAVENATO, 2014, p.419) o conceito de QVT refere-se à preocupação com o bem-estar geral e à saúde dos trabalhadores. Para CHIAVENATO (2014, p.419), os efeitos em investimento na qualidade de vida dos trabalhadores, reflete na qualidade e produtividade dos serviços prestados, como segue:

O conceito de QVT implica profundo respeito pelas pessoas. Para alcançar níveis elevados de qualidade e produtividade, as organizações precisam de pessoas motivadas, que participam ativamente nos trabalhos que executam e que sejam adequadamente recompensadas pelas suas contribuições. (CHIAVENATO, 2014, p.419)

Sob esse ponto de vista, podemos entender que as relações de trabalho são uma via de mão dupla, onde o trabalhador, verificando a existência de condições adequadas para o trabalho, acaba tendo mais disposição, refletindo na qualidade e produtividade para desempenhar suas atividades. Além do fato de que o QVT “representa um profundo respeito pelo bem-estar das pessoas, do ponto de vista biológico, psicológico e social” (CHIAVENATO, 2014, p.419).

CONCLUSÃO

Por meio da pesquisa realizada foi possível verificar que o princípio da dignidade da pessoa humana é um dos princípios basilares da Constituição de 1988, posto isso, todo ordenamento jurídico brasileiro também se baseia na dignidade da pessoa humana. E isso não poderia ser diferente com as leis trabalhistas.

Partindo desse viés, podemos concluir que a não observância da NR 24, ítem 24.5, fere o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que condições dignas de trabalho, como um lugar adequado para alimentação (por exemplo), é o mínimo que o empregador deverá disponibilizar aos seus funcionários.

Com isso, acredito ter respondido a pergunta da pesquisa, que tinha por finalidade verificar se o descumprimento da NR 24, ítem 24.5, viola o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Para chegar a tal conclusão, foi fundamental estudar o conceito e o contexto histórico em que se originou e se desenvolveu o princípio da dignidade da pessoa humana, verificando a importância do mesmo na Constituição Brasileira de 1988. O mesmo pode ser dito acerca de toda a nossa trajetória envolvendo a conceituação das NRs e verificando sua obrigatoriedade de cumprimento, e quais as consequências do seu não cumprimento.

Depois de percorrido esse caminho, chegamos então no eixo central da pesquisa que foi a relação entre o não cumprimento com a violação do princípio, verificando que tal descumprimento se deve a diversos fatores, dentre eles a falta de fiscalização, o desconhecimento das normas de quem idealiza os projetos, bem com a tentativa de redução de gastos e, até mesmo, a falta de empatia.

E por fim, abordamos um pouco do conceito de qualidade de vida no trabalho (QVT), relacionando o mesmo com a satisfação do

funcionário e com o aumento da qualidade dos serviços prestados, sendo essas consequências felizes experimentadas por uma empresa que investe em condições mínimas de trabalho.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 janeiro. 2020.

BRASIL. Decreto lei 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 ago. 1943 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 28 janeiro. 2020.

BRASIL. Portaria nº 3.214, de 08 de julho de 1978. Secretaria de Trabalho. Disponível em: <http://trabalho.gov.br/participacao-social-mtps/participacao-social-do-trabalho/legislacao-seguranca-e-saude-no-trabalho/item/3679-portaria-3-214-1978>. Acesso em: 28 janeiro. 2020

BRASIL. Lei 6.514 de 22 de dezembro de 1977. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 dez. 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6514.htm#art1. Acesso em: 28 janeiro. 2020

BRASIL. Escola Nacional da Inspeção do Trabalho. Disponível em: <https://enit.trabalho.gov.br/portal/index.php/seguranca-e-saude-no-trabalho/sst-menu/sst-normatizacao/sst-nr-portugues?view=default>. Acesso em 28 janeiro. 2020.

BRASIL. Portaria SEPRT nº 1.066 de 2019. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-1.066-de-23-de-setembro-de-2019-217773245>. Acesso em 28 janeiro. 2020.

BRASIL. TRT 24º Região. Disponível em: <http://sgrh.trt24.jus.br/jurisprudencia/pages/jurisprudencia/pesquisa.xhtml>. Acesso em 29 janeiro de 2020.

CHIAVENATO, Idalberto. **Gestão de pessoas: o novo papel dos recursos humanos nas organizações**. 4.ed. Barueri: Manole, 2014

COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2018.

SARLET, Ingo Wofdans. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais: na constituição de 1988**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **A Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva 2010.

**AMBIENTE DO TRABALHO E SUAS RELAÇÕES
PESSOAIS – O MEIO INTENSIFICADOR DAS
DOENÇAS OCUPACIONAIS - A NECESSÁRIA
REGULAMENTAÇÃO DO CONVÍVIO
PROFISSIONAL**

***WORK ENVIRONMENT - THE ENHANCEMENT OF
MENTAL DISEASES - THE NECESSARY
REGULATION OF PROFESSIONAL CONVENTION***

*Ednaldo de Freitas Maia*²⁹²
*Carlos A L de Almeida*²⁹³

RESUMO

O estudo do meio ambiente do trabalho perpassa pela necessária análise das Normas Regulamentadoras e sua natureza complementar ao capítulo V da CLT. Consiste em um rol de obrigações, direitos e deveres a serem cumpridos por empregadores e trabalhadores com o objetivo de garantir trabalho seguro e sadio, prevenindo a ocorrência de doenças e acidentes de trabalho. As primeiras normas regulamentadoras foram publicadas pela Portaria MTb nº 3.214, de 8 de junho de 1978. As demais normas foram criadas ao longo do tempo, visando assegurar a prevenção da segurança e saúde de trabalhadores em serviços laborais e segmentos econômicos específicos. Atualmente existem 37 Normas Regulamentadoras das quais 10 tratam de questões organizacionais como disposições gerais e o atual gerenciamento de riscos ocupacionais, inspeção prévia, embargo e etc, 2 sobre agentes nocivos, 1 sobre controle medico e saúde ocupacional

²⁹² Mestrando em Direito pela UNESA. E-mail: ednaldo.fmaia@hotmail.com.

²⁹³ Doutor em Política Social pela UNESA. E-mail: carlos.almeida@estacio.br

e 24 tratando de variados ambientes do trabalho e suas especificidades como o transporte, movimentação, armazenagem e manuseio de materiais, fornos, Indústria da construção e etc. Em nenhuma delas você encontrará orientação ou disposições assertivas acerca dos cuidados e cautelas que devem ser aplicadas em um ambiente do trabalho multifacetado, coletivo, com intenso relacionamento interpessoal e que, mesmo sem aparente nocividade, pode ocasionar agressão à saúde mental do trabalhador. A preocupação com a saúde do trabalhador precisa se amoldar às múltiplas formas de relacionamentos praticados em um ambiente do trabalho. Os reflexos desse cuidado serão de extrema relevância para o equilíbrio emocional do trabalhador. A natureza multidisciplinar do tema também poderá contribuir com a redução dos afastamentos decorrentes de transtornos da mente e será um interessante ponto de argumentação em demandas judiciais no âmbito trabalhista. O recorte objetivado neste artigo é demonstrar que a preocupação em regulamentar o ambiente do trabalho setorizado, a partir das funções exercidas, deverá ser repensada para reconhecer e admitir em seu foco de estudo, o meio ambiente do trabalho do ponto de vista dos relacionamentos pessoais, seja na sua modalidade paritária ou hierárquica

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Saúde do Trabalhador. Normas Regulamentadora. Relacionamentos Profissionais. Regulamentação.

ABSTRACT

The study of the work environment involves the necessary analysis of the Regulatory Norms and their complementary nature to chapter V of the CLT. It consists of a list of obligations, rights and duties to be fulfilled by employers and workers in order to ensure safe and healthy work, preventing the occurrence of illnesses and accidents at work. The first regulatory standards were published by Ordinance MTb No. 3,214, of June 8, 1978. The other standards were created over time, aiming to ensure the prevention of the safety and health of workers in specific labor services and economic segments. Currently there are 37

Regulatory Norms of which 10 deal with organizational issues such as general provisions and the current management of occupational risks, prior inspection, embargo and etc., 2 on harmful agents, 1 on medical control and occupational health and 24 dealing with various work environments and its specificities such as transportation, handling, storage and handling of materials, furnaces, construction industry and etc. In none of them will you find guidance or assertive dispositions about the care and precautions that should be applied in a multifaceted, collective work environment, with intense interpersonal relationships and that, even without apparent harm, can cause aggression to the mental health of the worker. The concern with the health of the worker needs to adapt to the multiple forms of relationships practiced in a work environment. The reflexes of this care will be extremely relevant for the emotional balance of the worker. The multidisciplinary nature of the theme may also contribute to the reduction of absences due to disorders of the mind and will be an interesting point of argument in lawsuits in the labor context. The aim of this article is to demonstrate that the concern with regulating the sectorized work environment, based on the functions performed, should be rethought to recognize and admit in its focus of study, the work environment from the point of view of personal relationships, either in its parity or hierarchical modality

Keywords: Labor Law. Worker's health. Regulatory Standards. Professional Relationships. Regulation..

INTRODUÇÃO

A modernidade experimentada pelas relações de trabalho atuais exige um olhar extremamente abrangente sobre o seu aspecto ambiental, principalmente frente a multiplicidade de atores sociais envolvidos, a velocidade da informação, o tempo de resposta, as metas medidas minuto a minuto, a competitividade e demais circunstâncias que impõe um exercício mental permanentemente ativado. Uma série

de fatores permite compreender a importância de se voltar a atenção para as relações pessoais desenvolvidas no ambiente do trabalho. Muito se lê, escreve, divulga e discute sobre sobre *bulling*, assédio moral, assedio rejeicional, síndrome de *burnout* e outros agentes potencialmente nocivos à saúde mental do trabalhador. Em sua grande maioria partem da análise e comprovação das suas ocorrências, dos ambientes em que ocorrem e dos reflexos maléficos causados naqueles acometidos por algum desses agentes. Deixam de investigar o tema no espaço em que eles ocorrem para a partir de então encontrar as razões da causa. É de se imaginar as consequências geradas por essas praticas inconcebíveis em um local onde se deveria desenvolver o produto do trabalho humano cuja fonte de energia intelectual ou física exige um completo equilíbrio mental do trabalhador. Esse é o ponto de partida do artigo. Problematizar a falta de regulação preventcionista do ambiente do trabalho multifacetado, tendo como foco o trabalhador e sua rede de relacionamento. Demonstrar a importância do estudo antropofago que se preocupe em avaliar as relações dos indivíduos dentro do seu ambiente do trabalho onde as relações pessoais podem causar-lhe o desenvolvimento de instabilidade mental ou seu agravamento .

1 SAUDE MENTAL DO TRABALHADOR E A NECESSÁRIA REGULAMENTAÇÃO DO SEU AMBIENTE DO TRABALHO A PARTIR DAS SUAS RELAÇÕES VERTICAIS E HORIZONTAIS .

O indivíduo tende a permanecer em seu local de trabalho por um periodo maior do que em qualquer outro setor da sua vida. Pode até não ser um ambiente reconhecidamente físico. Modernamente tem-se constatado o surgimento de ambientes constituído por meios

telemáticos, imanente, acessível de qualquer ponto do planeta. A mente permanentemente ativa desagua em uma série de complicações fisiológicas e mentais no indivíduo a ponto de torná-lo elegível ao desequilíbrio mental e conseqüentemente a desenvolver algum transtorno psicológico de resultado catastrófico na vida do ser humano.

Até aqui não há novidade que justifique a produção científica do tema até porque há norma regulamentadora que cuida da saúde ocupacional do trabalhador e que está regulamentada pela NR 07 que instituiu o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional – PCMSO e se constitui como relevante mecanismo de controle da saúde do trabalhador.

O ponto sensível do PCMSO é que o trabalhador é avaliado fora do seu ambiente de trabalho.

Ainda que no estudo clínico o profissional médico consiga extrair a maior quantidade de informação qualificada e que contribua para o diagnóstico da enfermidade eventualmente acometida ao trabalhador, o tratamento não será preventivo e sim do próprio cuidado clínico ou medicamentoso da doença.

Os itens 7.4.1 e 7.4.2 da NR 07 ilustram bem o argumento trazido acima. Segundo referidas disposições o PCMSO devem incluir entre outros, a realização obrigatória dos exames médicos: **a)** admissional; **b)** periódico; **c)** de retorno ao trabalho; **d)** de mudança de função; **e)** demissional. Os exames de que trata o item 7.4.1 compreendem: **a)** avaliação clínica, abrangendo anamnese ocupacional e exame físico e mental; **b)** exames complementares, realizados de acordo com os termos específicos nesta NR e seus anexos.

A despeito da relevância dos procedimentos a serem adotados no Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional – PCMSO,

há uma clara preocupação quanto aos agentes externos, notadamente físicos, químicos e biológicos, deixando de intruzir na norma o agente psicossocial.

A caracterização do que se considera agentes físicos, químicos e biológicos são elencadas na NR n. 09 e considera como agentes físicos as diversas formas de energia a que possam estar expostos os trabalhadores, tais como: ruído, vibrações, pressões anormais, temperaturas extremas, radiações ionizantes, radiações não ionizantes, bem como o infra-som e o ultra-som. Consideram-se agentes químicos as substâncias, compostos ou produtos que possam penetrar no organismo pela via respiratória, nas formas de poeiras, fumos, névoas, neblinas, gases ou vapores, ou que, pela natureza da atividade de exposição, possam ter contato ou ser absorvidos pelo organismo através da pele ou por ingestão. Consideram-se agentes biológicos as bactérias, fungos, bacilos, parasitas, protozoários, vírus, entre outros.

Oportuno refenciar à NR 9 como sendo a grande oportunidade em regulamentar o ambiente do trabalho a partir do trabalhador e suas relações pessoais desenvolvidas no local do trabalho, uma vez que é por meio dessa NR que empregadores e instituições que admitam trabalhadores como empregados, do Programa de Prevenção de Riscos Ambientais - PPRA, visando à preservação da saúde e da integridade dos trabalhadores, através da antecipação, reconhecimento, avaliação e conseqüente controle da ocorrência de riscos ambientais existentes ou que venham a existir no ambiente de trabalho, tendo em consideração a proteção do meio ambiente e dos recursos naturais.

A NR 9 foi instituída pela Portaria MTb n.º 3.214, de 08 de junho de 1978 e muito embora sua mais recente atualização tenha ocorrido em março/2020 por meio da Portaria SEPRT n.º 6.735, de 10 de março de 2020 que instituiu o gerenciamento de riscos

ocupacionais e cujas alterações vigerão a partir de 1 ano da sua publicação, não inovou em termos de prevenção do ambiente do trabalho tendo como objeto da prevenção o trabalhador e suas relações pessoais.

O escopo não é atacar as duas NRs citadas acima e todas as demais 35 Nrs que tratam dos mais variados temas. Cada qual exerce relevante papel quando o assunto é a segurança e medicina do trabalho.

O recorte principal é trazer à discussão a melhor maneira de se aperfeiçoar o estudo da saúde e medicina do trabalho, tendo como ponto principal o trabalhador e suas relações interpessoais no ambiente do trabalho. Como e de que forma se pode construir um espaço físico avesso ao desenvolvimento de insanidades mentais decorrentes de agressões não físicas.

1.1 Estudo do habitat laborativo

O ambiente do trabalho não é estudado a partir do seu principal agente, o trabalhador.

As normas regulamentadoras atualmente vigentes disciplinam o ambiente do trabalho tendo como foco o espaço físico e todos os componentes utilizados no exercício das tarefas. O centro da atenção se volta precipuamente para o meio habitável pelo trabalhador e suas ferramentas utilizadas no exercício da função.

A análise ambiental sob o enfoque do espaço físico em que se desenvolve as atividades laborativas de uma coletividade é igualmente importante ao estudo do trabalhador através do programa de controle médico de saúde ocupacional.

A questão é que o estudo apartado das duas frentes de prevenção não tende a apresentar elementos concretos vinculados ao

emocional do trabalhador a cuja origem pode ter vinculação com a forma em que as relações pessoais são desenvolvidas no seu local de trabalho.

O controle medico de saúde ocupacional certamente encontrará um diagnóstico assertivo tendo como base as informações clínicas apresentadas e encontrará como possível causa algum distúrbio particular do trabalhador, que até poderá indicar alguma relação com sua atividade rotineira, só não possibilitará identificar com segurança se as pessoas que circundam esse trabalhador no seu ambiente laborativo startaram o distúrbio ou contribuiram com o seu agravamento.

A resposta a essa questão somente será possível a partir do estudo multidisciplinar das interações pessoais ordinariamente daquele ambiente do trabalho, tendo como ponto central o trabalhador e sua rede relacionamento.

CONCLUSÃO

O recorte deste trabalho científico busca problematizar a carência de norma regulamentadora que se proponha avaliar os riscos do ambiente do trabalho a partir do trabalhador e suas relações pessoais desenvolvidas no meio físico.

As relações pessoais estão cada vez mais pulverizadas, multiplataformas, ao alcance de todos e a qualquer momento.

De que maneira essa multiplicidade de relacionamento pode introduzir transtornos nas relações profissionais e quais mecanismos podem neutralizar esses agentes nocivos à saúde mental e que podem decorrer de comportamento havido e um ambiente laborativo.

Quais medidas não regulamentadas podem contribuir com a neutralização desses agentes e que possam resultar em um

ajustamento do comportamento do indivíduo ou de grupos de indivíduos para que episódios desagregadores não sejam praticados nas relações profissionais.

Regulamentar a introdução de dinâmicas de grupo, grupos temáticos, estudos direcionados pode ser uma alternativa à busca por um ambiente do trabalho saudável e mentalmente equilibrado.

REFERÊNCIAS

Constituição:

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 fev. 2018.

Legislação:

BRASIL. Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 jun. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 31 ago. 2020.

BRASIL. Portaria nº 6.730, de 12 de mar de 2020. Norma Regulamentadora nº 01 - Disposições Gerais e Gerenciamento de Riscos Ocupacionais.. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 jun. 1991. Disponível em: https://enit.trabalho.gov.br/portal/images/Arquivos_SST/SST_Legislacao/SST_Legislacao_Portarias_2020/Portaria-SEPRT-n.-6.730-Altera-a-NR-01.pdf. Acesso em: 31 ago. 2020.

Silva. Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado [livro eletrônico]:** saúde e segurança do trabalho / Homero

Batista Mateus da Silva. -- I. ed. -. São Paulo Editora Revista dos Tribunais. 2015. (Coleção curso de direito do trabalho aplicado;v. 3)

A POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19

THE POSSIBILITY OF PAYMENT OF THE ADDITIONAL INSALUBRITY DURING THE COVID- 19 PANDEMIC

*Maria Valentine Mariano*²⁹⁴
*Ricardo Estevão Soares de Ávila*²⁹⁵

“Neutro é quem já se decidiu pelo mais forte”. (Max Weber)
“Uma pessoa inteligente resolve um problema, um sábio o previne”.
(Albert Einstein)

RESUMO

Este artigo tem o escopo de analisar o direito do trabalho no âmbito da pandemia da COVID-19, que reformulou de forma drástica as relações sociais e a exposição dos trabalhadores dos serviços essenciais à contaminação. Neste ínterim o ideal seria a prevenção dos riscos e danos evitando que o trabalhador seja exposto não só no local de trabalho como no trajeto trabalho-casa, caso não seja possível, a contraprestação por meio do adicional de insalubridade pode ser uma alternativa, desde que observado o princípio da precaução e não negligenciadas as adequadas medidas sanitárias de prevenção.

²⁹⁴ Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. E-mail: maria.mariano@usp.br.

²⁹⁵ Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. E-mail: adv.ricardoestevao@gmail.com

Palavras-chave: Pandemia; Direitos trabalhistas; Saúde; Adicional de insalubridade.

ABSTRACT

This article aims to analyze labor law in the context of the COVID-19 pandemic, which drastically reformulated social relations and the exposure of workers in essential services to contamination. In the meantime, the ideal would be the prevention of risks and damages, avoiding that the worker is exposed not only in the workplace but also in the work-home route, if the counter payment is not possible through the unhealthy work additional, it may be an alternative. Provided that the precautionary principle is observed and adequate preventive health measures are not neglected.

Keywords: Pandemic; Labor rights; Health; Additional for unhealthy work.

INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho é essencialmente um direito social e guarda relação íntima com a dignidade da pessoa humana.

No dia 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou a pandemia global do coronavírus (COVID-19) e sua efetiva proliferação no território brasileiro. Desde então, muitos trabalhadores correm o risco de contaminação pelo vírus, tendo em vista as condições insalubres a que são expostos em razão da atividade laboral.

A pandemia da COVID-19 reformulou de forma drástica em pouco tempo toda a estrutura econômica, relacional e laboral da sociedade. Tudo isso devido ao alarmante crescimento nos números de infectados pela doença e os altos índices de contaminação, que culminaram na instauração do estado de calamidade pública no Brasil.

Nesse ínterim, o governo promoveu medidas enérgicas no combate e prevenção à COVID-19 como as ordens de distanciamento social, fechamento de comércios e flexibilização de leis trabalhistas, com especial incentivo ao *home office*.

São os profissionais dos chamados serviços essenciais, que apresentam uma condição de extrema vulnerabilidade, vez que não conseguem cumprir as medidas de precaução de isolamento social e evitar o contato direto com as pessoas.

O enfrentamento da pandemia faz parte das funções do Poder Público no âmbito do Sistema de Saúde Público, por meio de ações voltadas para a população ou para os grupos com maior risco de contaminação, como os profissionais de saúde. No entanto, não se pode negar que outras atividades de trabalho podem ter um papel relevante na disseminação do vírus e, portanto, a sua análise é determinante para a prevenção do adoecimento. O campo das relações de trabalho como um todo deve ser considerado na estratégia de enfrentamento da COVID-19.

Far-se-á necessário repensar o ambiente laboral, nos casos em que não se pode optar pelo teletrabalho, para que ele não se torne um foco de contaminação para os trabalhadores.

1. A SAÚDE DO TRABALHADOR E O ENFRENTAMENTO DA COVID-19

No Brasil, o segundo óbito por coronavírus registrado foi o de uma empregada doméstica no Rio de Janeiro, cuja doença foi contraída no exercício do trabalho. Situação exemplificativa de outras tantas, que mostram quanto o exercício de atividades laborais sem as medidas de prevenção adequadas, são fontes potenciais de exposição ao vírus. É fundamental entender, portanto, de que maneira as

atividades e condições de trabalho podem contribuir para a disseminação e, sobretudo, analisar o estabelecimento de possíveis estratégias para o enfrentamento da pandemia.

Mesmo para os profissionais de saúde diretamente envolvidos com os cuidados aos pacientes, pouco se discute sobre as condições e organização do trabalho, prevalecendo, até o momento, protocolos com recomendação de medidas individuais (higiene e uso de equipamentos de proteção), fundamentais, mas insuficientes para o controle geral da disseminação e da exposição ao vírus. Todas as medidas de proteção previstas no protocolo de manejo clínico do coronavírus, no Brasil dizem respeito à biossegurança, mas há relatos de profissionais e sindicatos denunciando condições de trabalho precárias, higiene inadequada, jornadas extenuantes, falta de treinamento e, inclusive, insuficiência ou indisponibilidade de equipamentos de proteção, mesmo nos serviços de terapia intensiva.

Na China, houve a criação de um local para repouso dentro do hospital, evitando contaminação de familiares ou de outros no trajeto trabalho-casa, alguns profissionais da saúde no Brasil já seguem o exemplo.

Nesta pandemia, se a proteção dos profissionais de saúde ganhou necessário destaque, contudo, o mesmo não se verifica para outros grupos ocupacionais. No Brasil, os dados coletados não permitem avaliar onde e em que circunstâncias os indivíduos testados positivos ou diagnosticados com a doença estavam trabalhando, tampouco possibilita identificar focos de disseminação relacionados com atividades de trabalho. Isso se dá, dentre outros motivos, dado a alta transmissibilidade do vírus, a grande proporção de infectados oligossintomáticos ou assintomáticos, a inexistência de vacina e de terapia medicamentosa comprovada, a insuficiente cobertura de testes e a duração prolongada dos quadros clínicos.

A preservação da saúde desses grupos essenciais e de outros que se mantêm trabalhando por circunstâncias socioeconômicas é fundamental para controlar a disseminação da doença e para a manutenção das pessoas em isolamento, confinamento ou quarentena, assim como para a atuação do próprio serviço de saúde e das demais atividades essenciais.

A Portaria n. 20, de 18 de junho de 2020, estabeleceu medidas a serem observadas visando à prevenção, controle e mitigação dos riscos de transmissão da COVID-19 nos ambientes de trabalho. Salienta-se que os serviços de saúde possuem orientações e regulamentações específicas.

De acordo com as orientações dessa Portaria devem ser incluídas medidas de prevenção nos ambientes de trabalho, principalmente nas áreas comuns e no transporte quando fornecido pela organização. Além de ações para identificação precoce e afastamento dos trabalhadores com possíveis sintomas e instruções para a correta higiene das mãos e etiqueta respiratória.

Essas medidas preventivas são essenciais para atividades com maior risco de exposição, como é o caso dos trabalhadores da farmácia, entregadores (delivery), carteiros, trabalhadores do transporte de cargas e de passageiros e pessoal de apoio, frentistas de postos de combustíveis, serviços de abastecimento e vendas de alimentos e de produtos; serviços residenciais, porteiros e zeladores, pessoal de limpeza, empregados(as) domésticos(as); vigilantes, policiais, bombeiros; cuidadores de idosos e de pessoas dependentes; de manutenção de serviços públicos e privados de telefonia, eletricidade, água, gás, internet, segurança pública, serviços funerários e coleta de lixo; e provavelmente outras atividades aqui não mencionadas. Ressalta-se que todo trabalhador merece destaque e tem de ser considerado, e preparado, não apenas para a sua proteção, mas

também como forma de entender que sua atividade pode ter um papel importante no combate à epidemia. Assim, visando a assegurar as condições laborais que propiciem uma redução na transmissão do vírus, medidas organizacionais necessitam ser discutidas no âmbito de cada atividade de trabalho e a práxis da Saúde do Trabalhador tem de ser considerada no rol das medidas e ações de saúde pública voltadas ao controle da pandemia.

Logo, faz-se necessário que o planejamento e a tomada de decisões por autoridades responsáveis, com base em informações científicas, transparência e integração de ações, incorpore as dimensões do trabalho, fator estruturante da nossa sociedade.

2 CONTEXTO HISTÓRICO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

A legislação trabalhista brasileira estabelece que é direito do trabalhador a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Compete ao empregador cumprir as normas de segurança e saúde no trabalho, promovendo formas que garantam o trabalho digno e um ambiente laboral saudável. É o que se extrai do artigo 7º, inciso XXII, da Constituição Federal, dos artigos 157 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), e ainda da Convenção n. 119 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Quando não é possível garantir condições adequadas, a legislação prevê o pagamento de adicionais ao salário, monetizando dessa forma os riscos, do trabalho que é exercido em condições insalubres ou perigosas, conforme artigos 192 e 193 da CLT.

É importante salientar que o Brasil caminha sozinho em à sentido a monetização. A tendência geral das políticas em saúde e

segurança do trabalho internacionalmente é no sentido da prevenção com a respectiva redução ou eliminação dos riscos.

A monetização por meio dos adicionais estimula comportamentos opostos reforçados tanto mais quanto maior for o valor dos adicionais. Isso porque a monetização, de um lado, não reconhece e não estimula devidamente investimentos em prevenção, visto que basta remunerar com adicionais as condições de risco; e, de outro, preserva a alta procura por atividades perigosas ou insalubres em prol de benefícios econômicos como um salário maior.

A definição de estratégias em prol da segurança e saúde no trabalho é algo complexo, tanto que passou por diversas fases, que evoluíram juntamente com a produção e com o conhecimento acerca das condições de saúde e são sintetizadas a seguir.

A primeira fase, 1830 a 1950, resume-se à medicina do trabalho, à preocupação com o atendimento dos empregados que necessitarem, sem qualquer interferência sobre as causas de doenças ou acidentes relacionados ao trabalho, apenas remediando, e não prevenindo os danos resultantes dos riscos. No Brasil, esta fase, foi marcada pela instituição da Portaria MTE n. 3.273/1972, que impôs a obrigatoriedade do serviço médico.

Já, na segunda fase, 1950 a 1970, houve uma evolução para o reconhecimento da necessidade de a empresa responsabilizar-se pela prevenção dos riscos e pela mudança do ambiente de trabalho de uma perspectiva multidisciplinar que conjuga conhecimentos de medicina, de engenharia, e de outras áreas que se mostrarem pertinentes para dirimir a exposição do trabalhador aos riscos. No Brasil, a criação do instituto do Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e Medicina do Trabalho pela Portaria n. 3.214/1978 ilustra esse movimento.

A partir de 1970, cresceu a preocupação com os riscos do trabalho e sua não monetização, o que definiu a terceira fase, em conjunto com a ampliação dos riscos com alcance global do ambiente de trabalho. As Convenções da OIT n. 1552²⁹⁶ e 1613²⁹⁷, que tratam respectivamente da Segurança e Saúde dos Trabalhadores e dos Serviços de Saúde do Trabalho, são reflexos dessa nova fase, que, no Brasil, teve como marco principal a Constituição Federal de 1988, bem como as Leis n. 8.080/1990, n. 8.212/1991, n. 8.213/1991.

Por fim, desde o início dos anos 1990, busca-se a preservação da qualidade de vida do trabalhador, não só a contenção de riscos inerentes ao trabalho. Sendo assim, há uma tendência à adoção de políticas preventivas que preservem a qualidade de vida do trabalhador como um todo e não apenas de contenção de riscos e danos.

O Brasil, por sua vez, limitou o problema ao exame global dos riscos, mantendo a monetização, posicionamento isolado no cenário internacional de direitos trabalhistas. Estagnado na terceira fase (exame dos riscos globais do ambiente de trabalho), limitou-se à fixação dos adicionais e problematizou superficialmente se estes deveriam ser divididos em níveis ou pagos de maneira uniforme, em detrimento do grau de exposição ou risco.

Em 1968, momento em que mundialmente já se passava à fase do fim da monetização dos riscos, o Decreto-lei n. 389, de 26 de dezembro de 1968, chegou a dar um indício da preponderância da

²⁹⁶ Dados referentes ao Brasil: a) aprovação = Decreto Legislativo n. 2, de 17.3.92, do Congresso Nacional; b) ratificação = 18 de maio de 1992; c) promulgação = Decreto n. 1.254, de 29.9.94; d) vigência nacional = 18 de maio de 1993.

²⁹⁷ Dados referentes ao Brasil: a) aprovação = Decreto Legislativo n. 86, de 14.12.89, do Congresso Nacional; b) ratificação = 18 de maio de 1990; c) promulgação = Decreto n. 127, de 22.5.91; d) vigência nacional = 18 de maio de 1991.

prevenção e de que, talvez, os adicionais pudessem ser eventualmente questionados, ao estabelecer que somente seriam pagos enquanto não verificada a eliminação das causas.

No entanto, 10 anos depois, a legislação voltou a regredir na forma da Lei n. 6.514, de 22 de dezembro de 1977, afirmando que o adicional deverá ser pago, fazendo somente a ressalva da superação aos limites de tolerância²⁹⁸.

Há quem questione, por exemplo, se as operações insalubres “que não estão amarradas a limites de tolerância, não geram o direito ao questionado adicional?” (Saad, 2005, p. 199). Esse problema é, no entanto, um contrassenso lógico que só se apresenta em virtude da existência do próprio adicional.

Explica-se. A não monetização (ou, no caso, a ausência de adicionais) não suscitaria tal dúvida e permitiria uma contínua revisão e manutenção da prevenção do ambiente laboral de forma contextual e ampla. São os conceitos dos adicionais amarrados aos limites de tolerância inertes no tempo que provocam o problema. Em síntese, superada a monetização e ultrapassado o conceito superficial de limites de tolerância, a revisão e prevenção constante dos fatores de risco não seriam empecilhos a políticas de segurança e saúde no trabalho estruturadas.

Vale ressaltar, ainda, que este contexto no Brasil tem gerado ainda outras situações incomuns em relação aos adicionais de insalubridade e periculosidade como (1) autorização judicial de seu pagamento em atividades supostamente excluídas por falta de atualização de listas do Ministério do Trabalho e Emprego – MTE, sem o necessário estudo técnico correspondente,(2) autorização

²⁹⁸ Os limites de tolerância foram consolidados pela Portaria MTB n. 3.214, de 08 de junho de 1978, na forma da Norma Regulamentadora n. 15 (NR 15)

judicial de seu pagamento em atividades em que o limite de tolerância foi supostamente infringido por verificação de laudo em juízo que conflita com os documentos da empresa, (3) decisões conflitantes para sua concessão, mesmo diante de provas de que o trabalhador foi protegido por equipamentos, (4) autorização judicial para sua cumulação, mesmo quando a legislação determina que apenas um adicional deve ser pago, de acordo com a opção feita pelo empregado. Válido salientar que a tese de que os adicionais podem ser cumulados pode ser estendida e aceitar a interpretação de que adicionais de mesma natureza, se gerados por agentes diferentes, podem ser cumulados, sendo assim dois adicionais de insalubridade podem ser cumulados, desde que originados por agentes distintos.

Sem dúvida, simplificaria a situação continuar com a monetização na expectativa de que a punibilidade tenha eventualmente algum efeito. E, nesse sentido, acreditar que temas de tal complexidade se limitam ao cumprimento da mera imposição legal ou aos efeitos que se sentem financeiramente. Ou, então, aumentar os custos com adicionais e crer que, direta ou indiretamente, estes custos não terão impacto em investimentos em prevenção, desestimulando-a. Enfim, ignorar que as modernas relações de trabalho exigem motivação, envolvimento, senso de coletividade e responsabilidade social, e devem, portanto, não oprimir, mas incentivar boas práticas por parte de todos os atores sociais.

No mais, deve-se discutir o tema com maior cautela, avaliando seus impactos sociais e econômicos, tendo-se sempre em vista uma solução que estimule a prevenção de forma equilibrada.

3 ADICIONAL DE INSALUBRIDADE PARA TRABALHADORES DOS SERVIÇOS ESSENCIAIS

Diante da gravidade do contágio da COVID-19, é necessário refletir sobre a possibilidade de pagamento do adicional de insalubridade, ainda que temporariamente, aos trabalhadores que laboram em serviços essenciais.

Inicialmente deve ser ponderado que o mundo vive uma situação atípica, de modo que as relações de trabalho foram profundamente atingidas, tanto empregados quanto as empresas necessitam neste momento de amparo estatal.

A saúde no ambiente de trabalho é um direito garantido na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 200, inciso VIII, este destina ao SUS (Sistema Único de Saúde) a função de colaborar na proteção do meio ambiente laboral, *in verbis*:

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

(...)

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

Quando tratamos dos direitos do trabalhador, se o ambiente laboral não é saudável, exige-se que o empregado receba uma contraprestação, chamada de adicional, já que está sendo exposto a um ambiente que compromete sua saúde ou integridade física. Dessa forma, a pandemia em questão sem precedentes históricos, com uma doença sem expectativa de cura e com alta taxa de letalidade, especialmente para o chamado grupo de risco, mostra-se fato gerador do direito ao adicional, face ao risco de contaminação em diversos ambientes com grande fluxo de pessoas. Encontram-se expostos ao maior risco de contágio aqueles que trabalham com serviços

essenciais para a manutenção da sociedade, como caminhoneiros, agricultores, funcionários de mercados e padarias, e todos os profissionais da saúde.

A CLT em seu texto prevê o pagamento do referido adicional nas hipóteses previstas em seu artigo 192, cite-se:

Art. 192 - O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classificarem nos graus máximo, médio e mínimo. (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977).

Entretanto, no cenário atual, não basta a referida previsão legal para assegurar o direito ao trabalho digno. O próprio artigo aduz que o Ministério do Trabalho definirá quais os limites de tolerância das condições de trabalho. O projeto de Lei n. 830/20, proposto pelo Deputado Heitor Freire (PSL), requer a alteração do artigo 192 da CLT para que conste na nova redação a possibilidade de pagamento de adicional de insalubridade em grau máximo (40%) aos empregados que laborem em serviços essenciais, com a inserção do seguinte parágrafo único:

Art. 192...

Parágrafo único – Em casos de decretação de estado de calamidade pública, a atuação dos profissionais da área de saúde, segurança pública, vigilância sanitária, corpo de bombeiros e limpeza urbana, no combate de epidemias enseja o pagamento de adicional de insalubridade em grau máximo. (NR)”.

Não obstante, o conceito de serviços essenciais não pode ser reduzido ao proposto no referido projeto, sendo que o próprio executivo lista diversas outras atividades essenciais, por meio do

Decreto n. 10.282 de 20 de março de 2020, tais como: assistência à saúde, incluídos os serviços médicos e hospitalares; atividades de segurança pública e privada, incluídas a vigilância, a guarda e a custódia de presos; atividades de defesa nacional e de defesa civil; transporte táxi ou aplicativo; captação, tratamento e distribuição de água, lixo e esgoto; serviços funerários; serviços postais; transporte e entrega de cargas em geral e atividades médico-periciais relacionadas com a caracterização do impedimento físico, mental, intelectual ou sensorial da pessoa com deficiência.

Diante das atividades listadas, far-se-á necessário que a análise ocorra no caso concreto, visto que a insalubridade decorrente da exposição ao novo Coronavírus está ligada ao serviço exclusivamente físico e essencial, e não a trabalhos que possam ocorrer de forma remota.

4 O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

O *modus operandi* no século XXI, marcado pela lógica do descarte do velho pelo novo, calcado na ideia matriz de que tudo tem que ser substituído rapidamente, vem gerando uma mentalidade que passou a ser aplicada também em relação à própria pessoa do trabalhador, sua segurança, saúde, integridade física e mental. Assim, pouca importância se dá às condições de segurança e saúde no meio ambiente de trabalho, pois quando um trabalhador fica incapacitado, é mais fácil descartá-lo e substituí-lo por um novo.

Nesse contexto, revelam-se cada vez mais insuficientes as singelas respostas até hoje oferecidas, seja a consistente no pagamento de um adicional pela prestação laboral em condições de insalubridade e periculosidade, seguida de um rápido “descarte” do ser humano

quando perde seu “uso”, seja a sedimentação da transferência ao empregado do ônus de proteger-se dos riscos ambientais como algo natural, em vez da adoção de equipamentos de proteção coletivos ou de modificações na organização do trabalho, de modo que o meio ambiente de trabalho seja adequado ao ser humano, que despende lá importante parte de seu tempo de vida.

Nas relações de trabalho, o risco do negócio é da empresa e, conseqüentemente, é dela o dever de garantir a proteção do trabalhador (arts 2º e 3º da CLT). A Constituição Federal prevê o valor social do trabalho como um dos fundamentos da República e do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, IV), além de considerar o trabalho um direito social (artigo 6º) e fundamento da ordem econômica (artigo 170). Da leitura conjunta do artigo 7º, incisos XXII e XXVIII, da CF com o 157 e incisos I e II da CLT, verifica-se que a empresa é diretamente responsável pela saúde da(o)s empregada(o)s durante o período de trabalho.

O meio ambiente de trabalho, pela dimensão e importância que apresenta, congrega direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, cuja análise deve ser feita sob a perspectiva constitucional. Como bem ressaltou Norberto Bobbio:

“(…) não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e o seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.”
(BOBBIO, 1992, p.25)

Assim sendo, em relação ao meio ambiente de trabalho, o direito contemporâneo não pode esgotar sua capacidade de atuação apenas na apresentação de resposta às situações de ameaça concreta ou na função reparatória da lesão já ocorrida. A intensificação da

função promocional do Direito e o estímulo à atuação preventiva mais abrangente tornam-se cada vez mais importantes.

Apesar de já ter adotado uma Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho (PNSST), o Brasil ainda não ratificou a Convenção nº 187 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que prevê a adoção de medidas mais efetivas para preservação da segurança e saúde, por constatar que a maioria dos danos ambientais de grande proporção está relacionada ao desempenho de uma atividade econômica e exercício de um trabalho.

No entanto a Convenção nº 155 da OIT, que trata da segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho, foi aprovada pelo Brasil (Decreto-Legislativo nº 2/92 e Decreto nº 1.254/94). O disposto em seu art. 3º, alínea e, estabelece que a saúde não pode ser definida apenas como “ausência de doenças”, abrangendo também os “elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e a higiene no trabalho”. Em seu art. 4º, item 2, determina que a política estatal deve ser direcionada para:

[...] prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho, tenham relação com a atividade de trabalho, ou se apresentarem durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida em que for razoável e possível, as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho. (g.n.)

A Convenção nº 161 da OIT, também aprovada pelo Brasil (Decreto Legislativo nº 86/89 e Decreto nº 127/91), caminha nesse mesmo sentido, ao priorizar em seu art. 1º, I e II, as funções essencialmente preventivas dos serviços de saúde no trabalho, que devem orientar o empregador, os trabalhadores e seus representantes na empresa sobre os:

I – requisitos necessários para estabelecer e manter um ambiente de trabalho seguro e salubre, de molde a

favorecer uma saúde física e mental ótima em relação com o trabalho;
II – a adaptação do trabalho às capacidades dos trabalhadores, levando em conta seu estado de sanidade física e mental.

Como explica Germana Parente Neiva Belchior (BELCHIOR,2011, p.208 e seguintes), o princípio da prevenção exsurge expressamente do constante dos incisos II, III, IV e V do § 1º do art. 225 da CF/88. Consiste na adoção antecipada de medidas definidas que possam evitar a ocorrência de um dano provável, numa determinada situação, reduzindo ou eliminando suas causas, quando se tem conhecimento de um risco concreto. Já o princípio da precaução consiste na adoção antecipada de medidas amplas, que possam evitar a ocorrência de possível ameaça à saúde e segurança. Aponta para a necessidade de comportamento cuidadoso, marcado pelo bom-senso, de abrangência ampla, direcionado para a redução ou eliminação das situações adversas à saúde e segurança.

Assim, enquanto o princípio da prevenção tem o escopo de evitar determinados riscos, o princípio da precaução aponta para a adoção de condutas acautelatórias gerais, considerando o risco abstrato e potencial, como esclarece Paulo Affonso Leme Machado (MACHADO,2006, p.65 e seguintes).

Marcelo Abelha Rodrigues (RODRIGUES,2005, p.207) esclarece que, enquanto “a prevenção relaciona-se com a adoção de medidas que corrijam ou evitem danos previsíveis, a precaução também age prevenindo, mas antes disso, evita-se o próprio risco ainda imprevisito”.

Nesse contexto, torna-se imprescindível proceder à leitura constitucional dos preceitos, como enfatiza José Afonso da Silva (SILVA,2007, p.22), pois tais princípios encontram fértil campo de

aplicação também no meio ambiente de trabalho. Sem contar que o empregador que deixa de garanti-lo em condições equilibradas de saúde e segurança viola também o princípio da boa-fé objetiva e desatende a função social do contrato de trabalho, cujos efeitos vão muito além da pessoa dos contratantes, atingindo o entorno social em que estão envolvidos.

No século XXI, a questão social surge imbricada com a conscientização de ser preciso evitar que a disseminação da perversa lógica do descarte seja aplicada ao próprio ser humano no ambiente de trabalho, de sorte que a precaução e a prevenção, princípios que inicialmente atuaram na formação do direito ambiental, passam a permear também a edificação de um novo padrão normativo trabalhista, pois é impossível dissociar o envolvimento e comprometimento da pessoa do trabalhador com a prestação do trabalho, submetido a certas condições, num determinado local.

CONCLUSÃO

Conclui-se que o adicional de insalubridade, apesar de incentivar o descaso com a prevenção e precaução dos riscos e danos e monetizar a saúde do trabalhador, pode ser uma alternativa justa para compensar os trabalhadores dos serviços essenciais durante o período da pandemia da COVID-19, a fim de que o empregado receba por expor-se a um ambiente laboral que não é saudável.

Na esteira do que propõe o projeto de Lei n. 830/20, o adicional mostra-se uma via adequada, tendo em vista a natureza do direito e a notoriedade da atual situação. O seu pagamento em grau máximo, justifica-se pela gravidade da pandemia e estado de calamidade decretado. No entanto, de forma diversa da proposta de alteração legislativa, o direito ao adicional de insalubridade deve contemplar

todos os empregados que laboram em atividades consideradas serviços essenciais, e não apenas aqueles que se dedicam ao combate direto à pandemia, como os profissionais da área da saúde, segurança pública, vigilância sanitária, corpo de bombeiros e limpeza urbana.

Como isso, não se quer dizer que o Brasil não deve se alinhar-se às tendências internacionais de evolução das políticas em saúde e segurança no trabalho e buscar ativamente a prevenção dos riscos no trabalho, até porque a monetização tem efeitos perversos, à saúde do trabalhador. Porém, tendo em vista a excepcionalidade da situação que estamos vivenciando, pode-se encarar o adicional de insalubridade como uma contraprestação justa durante o período da pandemia da COVID-19, considerando que muitos trabalhadores vêm se expondo ao vírus sem que haja outra alternativa para o desempenho das suas atividades.

É claro, o adicional de insalubridade não poderá prejudicar as medidas de prevenção, controle e mitigação dos riscos de transmissão da COVID-19, que devem ser observadas e respeitadas pelos empregados.

REFERÊNCIAS

A SAÚDE do trabalhador e o enfrentamento da COVID-19. [S. l.], 17 abr. 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-76572020000100100>. Acesso em: 17 jun. 2020.

ASSOCIAÇÃO MÉDICA BRASILEIRA. São Paulo; 2020. Faltam EPIs em todo o país. Disponível em: <<https://amb.org.br/epi/>>. Acesso em: 11 de jun. 2020

BAKER MG, Peckham TK, Seixas NS. Estimating the burden of United States workers exposed to infection or disease: a key factor in containing risk of COVID-19 infection. medRxiv. 2020. Disponível em: <Estimating the burden of United States workers exposed to infection or disease: a key factor in containing risk of COVID-19 infection>. Acesso em: 12 de jun. 2020.

BBC News Brasil. São Paulo: Vinícius Lemos; 2020. Ministério Público do Trabalho analisa morte de doméstica no RJ após patroa ter coronavírus. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-51982465>>. Acesso em: 11 de jun. 2020.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva. *Hermenêutica Jurídica Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção Especializada à Saúde. Departamento de Atenção Hospitalar, Domiciliar e de Urgência. Coordenação-Geral de Urgência. Força Nacional do SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. Protocolo de manejo clínico para o novo coronavírus (COVID-19). Brasília (DF); 2020. Disponível em: <http://189.28.128.100/dab/docs/portaldab/documentos/20200330_ProtocoloManejo_ver06_Final.pdf>. Acesso em: 11 de jun. 2020.

BRASIL. Portaria Conjunta nº20, de 18 de junho de 2020. Estabelece as medidas a serem observadas visando à prevenção, controle e mitigação dos riscos de transmissão da COVID-19 nos ambientes de trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 19 jun. 2020, ed. 116. Seção I, p. 14. Disponível em: <[https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-conjunta-n-20-de-18-de-junho-de-2020262408085#:~:text=Estabelece%20as%20medidas%20a%20serem,19966.100581%2F2020%2D51\).&text=IV%20%2D%20de%20medidas%20de%20sa%C3%BAde,e%20acordos%20coletivos%20de%20trabalho](https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-conjunta-n-20-de-18-de-junho-de-2020262408085#:~:text=Estabelece%20as%20medidas%20a%20serem,19966.100581%2F2020%2D51).&text=IV%20%2D%20de%20medidas%20de%20sa%C3%BAde,e%20acordos%20coletivos%20de%20trabalho)>. Acesso em: 28 ago. 2020.

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

INSALUBRIDADE e periculosidade no Brasil: A monetização do risco do trabalho em sentido oposto à tendência internacional. [S. l.], 2016. Disponível em: <<https://conexaotrabalho.portaldaindustria.com.br/media/publication/files/Insalubridade%20e%20Periculosidade%20no%20Brasil%20a%20Monetizacao%20do%20Risco%20do%20Trabalho%20em%20Sentido%20Oposto%20a%20Tendencia%20Internacional.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2020.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2006.

NISHIURA H, Kobayashi T, Miyama T, Suzuki A, Jung SM, Hayashi K, et al. Estimation of the asymptomatic ratio of novel coronavirus infections (COVID-19). Int J Infect Dis. 2020 Disponível em: <<https://doi.org/10.1016/j.ijid.2020.03.020>>. Acesso em: 12 de jun. 2020.

O ADICIONAL de insalubridade em tempos de pandemia. [S. l.], 04 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/81244/o-adicional-de-insalubridade-em-tempos-de-pandemia>>. Acesso em: 17 jun. 2020.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de Direito Ambiental. Parte geral. São Paulo: RT, 2005.

SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

WORLD HEALTH ORGANIZATION [Internet]. Geneva; 2020. Coronavirus disease (COVID-19) outbreak: rights, roles and responsibilities of health workers, including key considerations for occupational safety and health. Disponível em: <[https://www.who.int/publications-detail/coronavirus-disease-\(covid-19\)-outbreak-rights-roles-and-responsibilities-of-health-workers-including-key-considerations-for-occupational-safety-and-health](https://www.who.int/publications-detail/coronavirus-disease-(covid-19)-outbreak-rights-roles-and-responsibilities-of-health-workers-including-key-considerations-for-occupational-safety-and-health)>. Acesso em: 17 jun. 2020.

O DIREITO À DESCONEXÃO FRENTE AO AUMENTO DO TRABALHO REMOTO: IMPACTOS GERADOS PELA VIOLAÇÃO À DURAÇÃO DO TRABALHO

THE RIGHT TO DISCONNECT IN THE FACE OF INCREASED REMOTE WORK: IMPACTS GENERATED BY THE VIOLATION TO THE WORKING TIME

*Gustavo Assed Ferreira*²⁹⁹

*Julia Gomes Ferreira*³⁰⁰

*Kathana Abati Luvison*³⁰¹

*Rebeca Costa Fabrício*³⁰²

RESUMO

O direito à desconexão é o direito do trabalhador ao descanso, por meio do seu completo desligamento da atividade laborativa exercida, tanto no término de sua jornada de trabalho diária quanto nos intervalos intrajornada. Esse direito não está expressamente regulamentado pela legislação brasileira, contudo, respalda-se nos princípios e garantias constitucionais previstos nos artigos 5º, 6º e 7º, destacando-se o direito à saúde do trabalhador e o direito à limitação

²⁹⁹ Professor Doutor de Graduação e Pós Graduação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (USP). E-mail: gustavo.assed@usp.br.

³⁰⁰ Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (USP). E-mail: julia.gff@usp.br.

³⁰¹ Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (USP). E-mail: kathana.luvison@usp.br.

³⁰² Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (USP). E-mail: rebecacfabricao@usp.br.

da jornada de trabalho. Os avanços tecnológicos dos meios de comunicação influenciaram no crescimento do trabalho remoto, o qual não possui fiscalização da jornada de trabalho definida em lei e, por isso, o direito à desconexão ganhou destaque. Isso ocorre porque a atividade laboral, realizada através das vias telemáticas, sujeita o trabalhador à hiperconectividade, uma vez que não há o cuidado com o cômputo regular de seus horários. Dessa forma, ocorre uma confusão entre a vida pessoal e a profissional do trabalhador, e a supressão dos períodos de descanso afeta sua saúde física e psicológica, aumentando o risco de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais. No contexto atual de pandemia causada pela Covid-19, como recomendação para a contenção da disseminação do vírus, houve o aumento do trabalho remoto, o que gerou a conectividade excessiva de muitos trabalhadores. O presente artigo objetiva levantar a discussão acerca da fundamentalidade do direito à desconexão, ainda amplamente violado, repensar as consequências dessa violação em meio a um contexto de pandemia e apresentar possíveis formas de concretizá-lo na prática.

Palavras-chave: direito à desconexão; trabalho remoto; hiperconectividade; duração do trabalho.

ABSTRACT

The right to disconnect is the worker's right to rest, by means of his complete disconnection from the labor activity exercised, both at the end of his daily workday and at the intra-journey breaks. This right is not expressly regulated by the Brazilian legislation, however, it is based on the principles and constitutional guarantees established in articles 5, 6 and 7, highlighting the worker's right to health and the right to limitation of working hours. Technological advances in the media has influenced the growth of remote work, which does not have an inspection of the work hours defined by law and, therefore, the right to disconnect has been highlighted. This occurs because the work activity, carried out through telematic means, subjects the worker to

hyperconnectivity, since there is no care within the regular calculation of their schedules. Thus, there is a confusion between the worker's personal and professional life, and the suppression of rest periods affects his physical and psychological health, increasing the risk of work accidents and occupational diseases. In the current context of the pandemic caused by Covid-19, as a recommendation to contain the spread of the virus, there has been an increase in remote work, which has generated excessive connectivity to many workers. The present paper aims to raise the discussion about the fundamentality of the right to disconnect, still widely violated, to rethink the consequences of this violation in the midst of a pandemic context, and to present possible ways to materialize it in practice.

Keywords: right to disconnect; remote work; hyperconnectivity; working time.

INTRODUÇÃO

O direito à desconexão do trabalho passou a ser objeto de relevantes discussões, no âmbito jurídico, a partir do surgimento das novas tecnologias da informação, que alteraram intensamente as relações de trabalho. As inovações nas áreas das telecomunicações e informática, geradas no contexto pós-fordista de produção industrial, trouxeram grandes mudanças no modo de produzir e de trabalhar. Dessa forma, as transformações sociais e econômicas resultantes desse fenômeno podem ser apontadas como as primeiras fontes materiais desse direito (MAFRA, 2015, p. 506).

Para mais, no momento atual, há o entendimento de que o mundo perpassa a quarta revolução industrial, em que o desenvolvimento tecnológico e digital caminha para a completa automatização do setor empresarial e econômico (SOUSA, 2018, p. 10). Nesse cenário, as novas formas de organização do trabalho, apoiadas na constante conectividade social dos meios digitais,

impõem a extrema conexão do trabalhador, mantendo-o atento à atividade laboral, mesmo nos períodos destinados aos descansos diários e semanais (CARDIM, 2020, p. 144). Essa dinâmica é ainda mais acentuada nos trabalhos remotos, como teletrabalho e “home office”, nos quais há vantagens, como a flexibilidade temporal e as comodidades advindas do trabalho realizado, normalmente, em casa. Porém, há inúmeras desvantagens, como a dificuldade de garantir o cômputo regular da jornada de trabalho, com respeito à limitação máxima e aos intervalos intra e interjornada, além de sujeitar o trabalhador à prontidão laboral ininterrupta (MELO, 2016, p. 238-240).

Certo é que o direito à desconexão ganhou destaque no contexto atual de pandemia causada pela Covid-19, pois, como medida de contenção da disseminação do vírus, muitas atividades laborais passaram a ser realizadas por meio do trabalho remoto. Assim, a análise das problemáticas existentes nessa figura trabalhista torna-se imediatamente imprescindível, em especial, dos problemas relativos à falta de compromisso com a jornada de trabalho ideal e à conectividade entre a vida privada e profissional do trabalhador. Tais violações causam inúmeros prejuízos à saúde física e mental do indivíduo e, por isso, faz-se urgente repensar em formas para garantir a efetiva satisfação desse direito.

1. NOÇÕES GERAIS DO DIREITO À DESCONEXÃO

O direito à desconexão consiste no direito do trabalhador ao descanso, por meio do seu completo desligamento da atividade laborativa exercida, tanto ao término de sua jornada de trabalho diária quanto nos intervalos intrajornada. Jorge Luiz Souto Maior (2003, p. 296-297) explica que esse direito pode ser traduzido como o direito

de não trabalhar, no sentido de trabalhar menos, a fim de preservar a vida privada e a saúde. Portanto, constitui verdadeiro bem jurídico de vida, traduzido no não-trabalho e passível de ser preservado por uma pretensão deduzida em juízo. Nesse sentido, Mafra (2015, p. 508) esclarece que a desconexão do trabalho reside em manter o equilíbrio entre a vida profissional e a privada, de maneira que esse direito “não está estimulando o ócio, a total ausência de trabalho, mas, apenas, a redução da carga de labor a níveis aceitáveis sob o prisma social e individual”.

A titularidade do direito à desconexão, para além do trabalhador, abrange toda a sociedade, desde aqueles que sofrem com o desemprego, pois “não consegue trabalho, porque o outro trabalha excessivamente”, até seus familiares, amigos e outros dependentes (MAIOR, 2003, p. 298). Sendo assim, sua violação não afeta somente a dignidade do trabalhador, embora ele seja o primeiro sujeito cuja esfera jurídica é lesionada, pois, indiretamente, atinge os direitos e interesses de terceiros que, devido à sua maior vulnerabilidade, são prejudicados significativamente, como os menores de idade, os idosos e as pessoas com deficiência. Da mesma forma, entende-se que o desenvolvimento socioeconômico do país é comprometido, porque o desrespeito ao direito à desconexão contribui para a manutenção do desemprego estrutural e obstaculiza o exercício pleno da cidadania, uma vez que a redução da jornada de trabalho promove a criação de novas vagas de emprego e estimula o exercício da cidadania (MAFRA, 2015, p. 510-512).

Grande parte da doutrina entende que a desconexão do trabalhador não deve ser entendida como um “novo direito”, mas como o resultado do “reconhecimento de novos conteúdos e funções de alguns direitos já tradicionais, por meio de processos de transmutação hermenêutica e de criação jurisprudenciais”

(OLIVEIRA, 2010, p. 1181 apud MAFRA, 2015, p. 507). Isso, porque o direito ao descanso está estritamente ligado à dignidade da pessoa humana, princípio condutor de todo o ordenamento jurídico brasileiro (art. 1º, III, CF/88), bem como à garantia e à efetivação de outros direitos constitucionais, como os direitos fundamentais à intimidade e à vida privada, previstos no artigo 5º, X, CF/88, e os direitos sociais ao lazer e à saúde e, precipuamente, ao trabalho, dispostos no artigo 6º, CF/88 (CARDIM, 2020, p. 145). Também, especificamente no que tange aos direitos fundamentais do trabalhador, o direito à desconexão está associado aos direitos definidos no artigo 7º, XIII, XV, XVII e XXII, CF, isto é, aos direitos à limitação da jornada de trabalho, ao repouso semanal remunerado, ao gozo de férias anuais remuneradas e à redução dos riscos inerentes ao trabalho (OLIVEIRA, 2010, p. 1181 apud MAFRA, 2015, p. 507).

De fato, dentre estes, destaca-se o direito fundamental à limitação da jornada de trabalho, visto que a sua concretização, aliada à observância do direito à desconexão, é basilar para que diversos outros também sejam efetivados. Nesse sentido, Delgado (2019, p. 1025-1026) ensina que as normas relativas à duração do trabalho passaram a assumir o caráter de normas de saúde pública, à medida que foi reconhecido o impacto significativo que a jornada e a duração do trabalho exercem na manutenção da higidez do ambiente laboral. Isto é, a maior ou menor extensão da jornada e, conseqüentemente, da duração semanal e mensal do trabalho, tem papel determinante na deterioração ou melhoria das condições de trabalho, aumentando ou diminuindo a probabilidade da ocorrência de doenças profissionais e acidentes de trabalho. Portanto, “a modulação da duração do trabalho é parte integrante de qualquer política de saúde pública”.

Assim, a partir de uma interpretação sistemática do texto constitucional, verifica-se que a CF/88 incorporou a concepção acerca

do liame existente entre a duração do trabalho e a elaboração de políticas de saúde eficientes no âmbito laboral. É possível perceber tal entendimento no artigo 7º, XXII, que estabelece como direito dos trabalhadores a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”, como também nos artigos 194, 196, 197 e 200, II, que abordam o direito fundamental à saúde (DELGADO, 2019, p. 1026). Deveras, a saúde é direito natural de todos os trabalhadores, inalienável, imprescritível e irrenunciável (SILVA, 2007, p. 119), que não significa a mera ausência de doença, mas, sob a visão progressista e positiva adotada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e acolhida pelo constituinte, traduz o estado de completo bem estar físico, social e mental do indivíduo (CASSAR, 2017, p. 962).

Dessa forma, numa perspectiva principiológica, é possível verificar que o direito à desconexão está amparado aos princípios da proteção do empregado, da indisponibilidade da saúde do trabalhador, do risco mínimo regressivo, da retenção do risco na fonte, da adaptação do trabalho ao homem, da recusa do obreiro, da razoabilidade, da instrução e do não improvisado. E, no campo da legislação internacional, destacam-se os princípios específicos sobre a segurança e saúde dos trabalhadores traçados na Convenção nº 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Brasil (LECIUK, 2018, p. 88-90). Invariavelmente, tais princípios estabelecem um parâmetro interpretativo de tutela da saúde física e psicológica do trabalhador, perceptíveis nos dispositivos supracitados, e, desse modo, reforçam o caráter substancial da segurança e saúde do trabalhador para a realização da dignidade humana e dos direitos da personalidade, por meio do alcance da qualidade de vida.

Nesse contexto, o direito à desconexão é uma garantia preambular estendida à qualquer atividade laborativa, embora tenha

ganhado destaque a partir dos avanços tecnológicos dos meios de comunicação, os quais possibilitaram o exercício do trabalho remoto. Assim, surgem figuras como o teletrabalho e o “home office”, caracterizadas pela facilidade e comodidade proporcionadas com os meios telemáticos, mas que, ao lado de tal atrativo, impõem ao trabalhador uma conexão acentuada à atividade laboral, principalmente, porque, não há o cuidado com o cômputo da jornada de trabalho.

A França foi o primeiro país a regulamentar o direito à desconexão, com a Lei nº 2016-1088, de 08 de agosto de 2017, chamada de Lei *El Khomri*. Sem propriamente definir o direito à desconexão, essa lei reconhece aos trabalhadores o direito de ficar “offline”, mediante a instauração de regras que garantam o direito ao descanso, equilibrando a vida profissional e a privada. A lei, ainda, estabelece normas gerais de orientação e atribui ao empregador, por negociação com a entidade sindical ou por ato unilateral, o dever de regular o uso das ferramentas digitais para assegurar a desconexão do trabalho, segundo o interesse das partes (SOUSA, 2018, p. 32-34). Como pontua Cardim (2020, p. 149), a lei francesa não esgota a matéria e ainda requer certo aprimoramento, pois, por exemplo, não prevê sanções no caso de descumprimento do diploma normativo, não obstante, é inegável que representa grande avanço e constitui fonte de inspiração para os demais ordenamentos jurídicos. Assim, ainda no direito europeu, constata-se a tendência regulamentadora da Espanha, que conta com importantes precedentes jurisprudenciais, e de Portugal, em que já foram editados cinco projetos de leis sobre o tema (SOUSA, 2018, p. 35-36).

No direito brasileiro, a doutrina reconhece amplamente a desconexão como direito fundamental do trabalhador e é possível notar o início de uma construção jurisprudencial que tutela o direito

ao descanso na forma do direito à desconexão³⁰³. Ademais, houve uma primeira tentativa de sua regulamentação no país com o Projeto de Lei nº 4044/2020, de autoria do Senador Fabiano Contarato (REDE/ES), que está em tramitação no Senado Federal. Esse projeto de lei define, brevemente, o direito à desconexão do trabalho como aquele consistente “na fruição, pelo empregado, de seu tempo de folga, a fim de garantir seu direito à saúde, ao lazer e à vida privada”, e visa à alteração do §2º, do artigo 244 e ao acréscimo do §7º ao artigo 59 e dos artigos 65-A, 72-A e 133-A, bem como à revogação do inciso III, do artigo 62, todos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Na justificação, o legislador assinala a maior necessidade de haver a positivação desse direito, tendo em vista o contexto atual de pandemia causada pelo novo coronavírus, e toma como exemplo a lei francesa.

2. A DURAÇÃO DO TRABALHO REMOTO E A VIOLAÇÃO AO DIREITO À DESCONEXÃO

É evidente o cenário envolto por problemas de ordem pública, no qual o direito à desconexão insere-se, sobretudo, quando se relaciona ao regime do teletrabalho. Nesse sentido, à medida em que a liberdade e a flexibilização do horário de trabalho cresceram - fatores constantemente atrelados a uma ótica valorativa positiva -, acentuou-se a dificuldade em fixar a jornada de trabalho e realizar o cômputo de horas extras. Isso, porque ocorreu confusão entre os limites da vida pessoal e da profissional, este cada vez mais invadindo

³⁰³ Destacam-se as decisões proferidas pelo TST, em 2017, no AIRR nº 20584320125020464, Ministro Relator Cláudio Mascarenhas Brandão; pelo TRT-2, em 2014, no RO nº 02485001820095020067 SP 02485001820095020067 A20, Desembargador Relator Ivani Contini Bramante; e pelo TRT-4, em 2011, no RO nº 1199000320095040332 RS 0119900-03.2009.5.04.0332, Desembargadora Relatora Denise Pacheco.

o espaço-tempo daquele (ALMEIDA; SEVERO, 2014, p. 54), o que conflita com os direitos fundamentais da pessoa humana e do trabalhador outrora expostos, chocando-se principalmente no direito à limitação da jornada de trabalho, que é cerne do direito à desconexão.

Diante da seara do teletrabalho, a Reforma Trabalhista, Lei nº 13.467 de 2017, foi introduzida no ordenamento, a fim de regular juridicamente um fenômeno que já vinha verificando-se com a ascensão dos novos meios tecnológicos de comunicação. Desde então, a doutrina amplamente discute, como uma das principais problemáticas que envolvem o tema, a duração do trabalho, visto que a CLT, em seu art. 62, III, exclui expressamente todos os teletrabalhadores das regras relativas à duração do trabalho previstas no Capítulo II. Assim, para todos teletrabalhadores, não há aplicação dos institutos atinente as “hora extra, noturna, adicional noturno, intervalo intrajornada e entrejornada” (CASSAR, 2017, p. 660).

Essa disposição parte do pressuposto de que não é possível realizar a fiscalização sobre a quantidade de tempo despendida em prol da realização do serviço quando este é realizado remotamente, sob o regime do teletrabalho ou não. No entanto, Souto Maior (2003, p. 13) enfatiza que tal conjectura sobre o controle de jornada remota é errônea, pois, uma vez que a prestação de serviços pode ser concretizada através de meios tecnológicos, a fiscalização sobre a limitação temporal desse serviço também poderá acontecer por esses meios, de modo que compete ao empregador viabilizar os recursos necessários para contemplação do direito. A negação dessa possibilidade abre uma via direta para a violação do direito à desconexão. Outro ponto a ser ressaltado é que, muito embora a fiscalização e o controle sobre a jornada passem a ser requeridos, é preciso que esses mecanismos fiscalizatórios não sejam utilizados de

forma indevida, ou seja, de modo a violar a intimidade e a vida privada do trabalhador (NUNES, 2018).

Para além do âmbito celetista, com o advento da pandemia causada pela Covid-19, houve a inserção, no ordenamento jurídico pátrio, de Medidas Provisórias que dispunham sobre o Direito do Trabalho. Dentre elas, destaca-se a MP nº 927/2020³⁰⁴, a qual possibilitou a adoção do regime de teletrabalho em razão da necessidade de isolamento social. Dessa maneira, o texto direciona-se, em seu art. 4º, §5º, para o mesmo sentido já adotado pela CLT de que, no teletrabalho, o tempo de uso de aplicativos e programas de comunicação fora da jornada de trabalho normal não configura tempo à disposição, regime de prontidão ou sobreaviso. Assim, enquanto perdurou a vigência de tal dispositivo, poder-se-ia interpretar que o teletrabalhador não teria direito ao pagamento de horas extraordinárias (MARISCAL, 2020).

O direito à desconexão, em sua integralidade, expressa-se por meio dos períodos de repouso, nos quais há a verdadeira desvinculação do trabalho, sendo que o gozo desses períodos, sob a pressão de que poderá ser acionado a qualquer momento, por meio de qualquer linha de comunicação com superiores hierárquicos, como “aplicativos e programas de comunicação”, não representa a efetiva concretização do direito (MAIOR, 2003, p. 17). Assim, a concretização do direito ao repouso somente ocorre quando o trabalhador se encontra totalmente “offline” de seu ofício. Nesse sentido, encontra-se o julgado do Tribunal Superior do Trabalho (TST) Processo nº TST-AIRR-2058-43.2012.5.02.0464, que afirma:

³⁰⁴ A Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020, trouxe normas bastante polêmicas como medidas trabalhistas para o enfrentamento do estado de calamidade pública e da emergência de saúde pública decorrentes da pandemia causada pela Covid-19, tendo seu prazo de vigência encerrado em 19 de julho de 2020.

A precarização de direitos trabalhistas em relação aos trabalhos à distância, pela exclusão do tempo à disposição, em situações corriqueiras relacionadas à permanente conexão por meio do uso da comunicação telemática após o expediente, ou mesmo regimes de plantão, como é o caso do regime de sobreaviso, é uma triste realidade que se avilta na prática judiciária. A exigência para que o empregado esteja conectado por meio de smartphone, notebook ou BIP, após a jornada de trabalho ordinária, é o que caracteriza ofensa ao direito à desconexão. Isso porque não pode ir a locais distantes, sem sinal telefônico ou internet, ficando privado de sua liberdade para usufruir efetivamente do tempo destinado ao descanso. Com efeito, o excesso de jornada aparece em vários estudos como uma das razões para doenças ocupacionais relacionadas à depressão e ao transtorno de ansiedade, o que leva a crer que essa conexão demasiada contribui, em muito, para que o empregado cada vez mais, fique privado de ter uma vida saudável e prazerosa. (grifos nossos) (TST. AIRR nº 20584320125020464, Ministro Relator Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 18/10/2017, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/10/2017).

Desse modo, infere-se que o não cumprimento de toda essa sistemática, isto é, a não desconexão, agride uma série de direitos, em especial, o direito à saúde do indivíduo que afeta, em primeiro plano, o trabalhador. Longas e frenéticas jornadas de trabalho sempre participaram de uma relação de causalidade com o desencadeamento de inúmeros problemas de saúde e, por esse motivo, normas acerca da duração do trabalho possuem como sua principal finalidade garantir a integridade física do trabalhador (BARROS, 2016, p. 436). A título de exemplo, não são poucos os autores que relacionam a hiperconectividade com o surgimento de doenças físicas, como úlceras, enxaquecas e doenças coronárias (MARISCAL, 2020), e doenças mentais, como ansiedade, estresse e depressão (FREIRE,

2017, p. 20). Assim, o direito à desconexão é encarado como pré-requisito para assegurar o direito fundamental à saúde (FREIRE, 2017, p. 38).

A conexão constante ao trabalho, causada pela imposição de metas absurdas ou pelo receio de perder o emprego, faz com que o trabalhador submeta-se, por exemplo, a um ambiente de “telepressão”, isto é, ele mantém-se constantemente preocupado, sob a tensão de responder e-mails e mensagens de imediato, os quais poderiam ser respondidos no dia seguinte, sem prejuízo da execução da atividade. Esse termo foi desenvolvido pela professora Larissa Barber, do departamento de psicologia da Universidade do Norte de Illinois, em pesquisa de sua autoria, que estudou a relação entre a obrigação de responder e-mails de trabalho a toda hora e o prejuízo disso à saúde do profissional (CARDIM, 2020, p. 147).

Sem dúvidas, o trabalhador que não consegue se desconectar apresenta repercussões sobre a esfera de sua integridade mental e física, visto que esses aspectos sempre influem um no outro. A não desconexão implica, ainda, o aumento do risco dos acidentes de trabalho, haja vista que um trabalhador esgotado, pelo ritmo da conectividade, é um indivíduo muito mais suscetível a acidentarse durante o trabalho (PEREIRA, 2019, p. 122-123).

Em relação a temática da saúde no campo do teletrabalho, o art. 75- E, CLT, parece apontar para o sentido da isenção de responsabilidade do empregador, a partir da assinatura de termo de responsabilidade pelo trabalhador, o qual contém as precauções para que sejam evitadas doenças e acidentes de trabalho (CASSAR, 2017, p. 695). Nesse ponto, é preciso destacar que os problemas relativos à efetivação do direito à desconexão são inúmeros no regime de teletrabalho, contudo, não se limitam apenas a essa figura, isto é, as problemáticas do teletrabalho são transportadas para o âmbito de

trabalhos remotos no geral, uma vez que possuem as características comuns de serem realizados à distância e com auxílio de novas tecnologia de comunicação. Por isso, é preciso questionar os meios de enfrentamento, na área trabalhista, da crise pública trazida pela Covid-19, em que o isolamento social e o trabalho remoto são práticas necessárias, a fim de evitar o surgimento de uma outra possível crise de saúde pública que assole especificamente a classe obreira, em virtude de sua não desconexão, tendo em vista que “os trabalhadores não podem perder a vida quando estão justamente a ganhá-la” (OLIVEIRA, 2018, p. 78 apud CARDIM, 2020, p. 147).

3. A INVASÃO DA VIDA PROFISSIONAL NA VIDA PRIVADA E A COVID-19

No dia 20 de março de 2020, por meio do Decreto Legislativo nº 6, o Congresso Nacional decretou estado de calamidade pública devido à pandemia causada pelo novo coronavírus. Para enfrentar este estado e, por conseguinte, a crise econômica por ele gerado, a flexibilização dos direitos trabalhistas despontou como uma alternativa. Por inexistir melhor definição na legislação brasileira, a pandemia foi conceituada juridicamente como situação de emergência, isto é, desastre causado por eventos adversos sobre um ecossistema vulnerável, resultando em danos e prejuízos sociais e econômicos (art. 2º, III, Decreto nº 7.257/2010).

Nesse contexto, o trabalho remoto foi uma das medidas adotadas, a fim de colaborar com o isolamento social e evitar aglomerações desnecessárias durante a pandemia. Contudo, apesar de sua extrema necessidade, essa situação serviu para evidenciar os problemas, discorridos no tópico anterior, enfrentados pelos trabalhadores remotos, em especial, a falta de separação entre a sua

vida privada e a profissional. Desse modo, a princípio, é necessário compreender os impactos causados pela pandemia na rotina e, conseqüentemente, na saúde mental do trabalhador, para que seja possível questionar a importância do direito à desconexão nesse processo de melhoria das relações de trabalho remoto.

Como já dito, a OMS, de uma maneira bastante progressista, entende que a saúde envolve o estado de completo bem estar físico, social e mental, não sendo a mera ausência de doença. Ocorre que, segundo Tedros Adhanom Ghebreyesus, diretor-geral da OMS, “o impacto da pandemia na saúde mental das pessoas é extremamente preocupante”. Isso, porque “o isolamento social, o medo de contágio e a perda de membros da família são agravados pelo sofrimento causado pela perda de renda e, muitas vezes, de emprego”. Há, inclusive, relatórios³⁰⁵ que indicam o aumento de sintomas de depressão e ansiedade em diversos países. Nesse cenário, as normas de proteção ao trabalhador não podem limitar-se à tutela de sua integridade física, devendo, também, prezar por sua saúde mental (NASSAR, 2020, p. 171).

Ademais, a saúde comporta elementos físicos e mentais que costumam ter ligação direta com o trabalho, já que as doenças mentais não se desenvolvem apenas por problemas individuais relativos às emoções, às interações interpessoais ou aos comportamentos, mas, também, em razão de conflitos sociais, culturais, econômicos, políticos e ambientais, nos quais encontram-se as condições de trabalho (AZEVEDO; GUNTHER; VILLATORE, 2020, p. 639).

³⁰⁵ Na Etiópia, por exemplo, se comparado ao período anterior à pandemia, os sintomas de depressão aumentaram em três vezes. Além disso, no contexto global, nota-se a existência de grupos com maiores probabilidades de passarem por esse sofrimento psicológicos, daí porque doenças como depressão, ansiedade e insônia passaram a afetar grande parte dos profissionais de saúde ao redor do mundo (NAÇÕES UNIDAS BRASIL, 2020).

Dessa forma, o ambiente de trabalho deve englobar a busca pela qualidade de vida e pelo bem-estar do trabalhador, não se atentando somente à existência de relações trabalhistas saudáveis e de um local de prestação de serviços adequado.

O avanço da tecnologia (em especial, dos meios de comunicação) possibilitou ao trabalhador estar disponível para contatos, pessoais e profissionais, a todo momento. Assim, em razão da cultura do imediatismo, comumente, observa-se a existência de grupos de mensagem formados por colegas de trabalhos e seus superiores hierárquicos, contendo, muitas vezes, um teor misto entre mensagens pessoais e profissionais, trocadas tanto em dias de folga quanto no período de jornada de trabalho (MARISCAL, 2020). Além disso, há o contato desenfreado por e-mails, enviados sem restrição de horários, respondidos com rapidez e, assim como ocorre com os grupos de mensagens, frequentemente, são enviados a todos os trabalhadores. Essa situação gera sobrecarga mental de informação, visto que os trabalhadores acabam por receber informações e ordens sobre tarefas que nem ao menos são diretamente responsáveis (MARISCAL, 2020).

Nessa realidade, ainda existe a pressão criada pelo próprio mercado de trabalho, em que os clientes, colegas de trabalho e superiores hierárquicos criticam quem tende a respeitar a jornada ou, até mesmo, quem não está imediatamente disponível, quando solicitado fora de horário. Contudo, a questão central é que, mesmo quando o trabalhador decide não responder à mensagem, ele fica ciente que existe a pendência de uma nova tarefa a ser cumprida, o que torna impossível a sua desconexão mental e sujeita-o à angústia iminente (ELEBI, 2020). Isso mostra-se preocupante, pois pode estimular transtornos mentais e comportamentais, os quais, em 2019, corresponderam ao terceiro motivo mais comum de afastamento do

trabalho por auxílio-doença no Brasil, sendo a maior parte derivada de “episódios depressivos”, “transtornos ansiosos” e “outros transtorno depressivo recorrente”, segundo dados divulgados pela Secretaria de Previdência.

Além disso, a disparidade de gênero é outro fator a ser considerado, pois a chamada dupla jornada da mulher implica uma maior sobrecarga de trabalho, devido à sua responsabilização pelos afazeres domésticos, havendo a necessidade da maior flexibilidade de seu horário de trabalho e seu tempo de desconexão. Nessa rotina, ainda, é preciso incluir o fato de que as mães costumam ser mais requisitadas pelos filhos para, além das demandas normais, auxiliá-los nas aulas à distância e nas atividades enviadas pelos professores (ELEBI, 2020). Diante disso, Lélío Bentes Corrêa, ministro do TST e membro da Comissão de Peritos e Aplicação de Normas da OIT, reforçou que, no Brasil, as responsabilidades familiares de um trabalhador e de uma trabalhadora são totalmente diversas. O Ministro também cita uma pesquisa em que 58% dos homens entrevistados disseram estar contribuindo com tarefas domésticas e sentem-se felizes por isso, contudo, apenas 3% das mulheres concordaram.

No final de 2019, conforme o relatório realizado pela empresa Randstad, líder global em recursos humanos, no Brasil, 59% dos trabalhadores disseram que o seu empregador espera que estejam disponíveis fora do seu horário de trabalho; 62% afirmaram responder de imediato a chamadas, e-mails e mensagens relacionados ao trabalho, fora do seu horário de trabalho; e 32% sentem-se pressionados a responder tais questões relacionadas ao trabalho, quando estão de férias. Essa rotina, antes já vivenciada por muitas pessoas, tornou-se a principal opção, se não a única, para quem deseja preservar o seu emprego durante o período de isolamento social. Isso, porque a pandemia impôs um ritmo de urgência e de reações

imediatas, obrigando a população a adaptar-se a dias de incertezas, a ansiar por boas notícias e a temer o futuro desconhecido, e fazendo com que as pessoas, em todos os âmbitos, estejam hiperconectadas, informadas e atentas aos chamados, a fim de amenizar a necessidade de sentirem-se úteis - essa carência, segundo *Boston Consulting Group*, desencadeia doenças ocupacionais, como *Burn-out* ou FoMO, isto é, o “medo de estar de fora”, resultado de uma relação obsessiva com ferramentas de comunicação profissional (METTLING, 2015, p. 35). Por isso, hoje, mais do que nunca, faz-se necessário repensar em formas de efetivar o direito à desconexão e garantir o correto cumprimento da jornada de trabalho.

4. POSSÍVEIS MANEIRAS DE GARANTIR O DIREITO À DESCONEXÃO

Em 2015, o Ministério do Trabalho Francês realizou um estudo sobre as modificações digitais no trabalho, a fim de garantir melhor qualidade de vida aos trabalhadores. O estudo resultou no relatório *Transformation numérique et vie au travail*, que apontou a relação direta entre a conectividade excessiva e o desequilíbrio da vida e da saúde do trabalhador. O relatório demonstrou a necessidade de manter a relação pessoal-profissional saudável e destacou que nem todos os trabalhadores conseguem equilibrar essa relação da mesma forma, pois o poder de negociação de cada um é influenciado por critérios socioeconômicos, de gênero, de idade, de horários de trabalho, de composição familiar, entre outros. Desse modo, pode-se perceber que a garantia ao direito à desconexão é um esforço a ser realizado tanto pelo trabalhador, individualmente, quanto pelo empregador, podendo, por exemplo, promover ações de conscientização e estipular horários de desconexão previsto nos

regulamentos da empresa (MARISCAL, 2020). Além disso, importa que exista um empenho coletivo entre os próprios colegas de trabalho para não misturarem os horários de serviço e de descanso.

O relatório também expõe o acordo firmado, em 1º de abril de 2014, entre Syntec, Cinov, CFDT e CFE-CGC, o qual, além de reconhecer a obrigação de desligamento dos meios de comunicação à distância no período de descanso, obrigou a implantação de um mecanismo que permita ao empregador fiscalizar o cumprimento do direito à desconexão (METTLING, 2015, p. 22). A Volkswagen introduziu, em parte dos smartphones comerciais dos funcionários da empresa, um modo de espera do servidor entre os horários de término da jornada e o início dela no dia seguinte, com o intuito explícito de impedir a invasão da vida profissional na privada. Outra ferramenta, incorporada pela automotiva Daimler-Benz, é a de que e-mails enviados no período de licença sejam redirecionados para contatos disponíveis ou convidados para serem reenviados após o retorno do trabalhador - a novidade desse sistema é que os e-mails são automaticamente apagados, a fim de evitar a sobrecarga de mensagens para o trabalhador, ao voltar de suas férias (METTLING, 2015, p. 22).

Como forma de prevenção de riscos psicossociais, a *Association Pour l'Emploi des Cadres* assinou um acordo, em 2013, comprometendo-se a implementar um conjunto de normas para o uso adequado de mensagens eletrônicas, priorizando a comunicação verbal, uma quantidade limitada de destinatários atribuídos a cada e-mail e o não envio de mensagens em dias de descanso. O acordo prevê que tais normas devem ser lembradas pelo menos uma vez ao ano para todos os trabalhadores e também devem ser incorporadas ao sistema de treinamento de novos funcionários e gerentes (METTLING, 2015, p. 32).

Sob uma análise de produtividade no trabalho, segundo um relatório publicado pela OIT e pela Eurofund, em 2017, intitulado *Working anytime, anywhere and its effects on the world of work*, o serviço de empresas que proibiram o envio de mensagens ou e-mails após o fim do expediente de trabalho, reduzindo o número de horas trabalhadas, não implicou a queda do rendimento, pelo contrário, em uma das companhias, houve incremento da produtividade. Isso traduz o reflexo que o aumento do bem-estar, proporcionado pelo atendimento do direito à desconexão e ao repouso da atividade laboral, causa no próprio desempenho do trabalho (MARISCAL, 2020).

O Brasil ainda não possui o direito à desconexão concretizado na sua legislação, além da jurisprudência pátria ainda se encontrar nos primórdios de sua consolidação. Assim, não há dúvidas de que há uma urgente necessidade sociocultural de consubstanciar juridicamente esse direito, principalmente, devido ao atual cenário pandêmico. Contudo, o Projeto de Lei nº 4044/2020, em tramitação no Senado Federal, conceitua o direito à desconexão do trabalho e disciplina o teletrabalho quanto às regras da jornada de trabalho, período de descanso e férias. Ademais, o Projeto expõe alguns problemas trazidos pelos avanços tecnológicos à saúde do trabalhador, além de sugerir, inspirado pela legislação francesa, que esse direito possa ser alvo de negociação coletiva, desde que respeitados os parâmetros mínimos impostos por lei. Um exemplo de controle da jornada de trabalho, imposto na legislação brasileira, consiste no art. 2º, V, “b” da Lei nº 13.103, 02 de março de 2015, o qual elenca, dentre os direitos dos motoristas profissionais, que são trabalhadores externos, o de terem sua jornada de trabalho fiscalizada, de maneira fiel, por meio de “anotação em diário de bordo, papeleta ou ficha de trabalho externo, ou sistema e meios eletrônicos instalados nos veículos, a critério do empregador”.

Diante disso, é possível perceber que, junto ao reconhecimento jurisprudencial, há uma preocupação do legislador brasileiro em regulamentar o direito à desconexão para, à exemplo do ocorrido no ordenamento jurídico francês, assegurar o seu pleno exercício. De fato, o Projeto de Lei nº 4044/2020 representa o primeiro passo dado no caminho para o reconhecimento desse direito na esfera legislativa, reforçando a sua fundamentalidade e emergência. No entanto, enquanto essa proposição não está apta a produzir efeitos, as empresas podem - e devem - inspirar-se nos exemplos supracitados, a fim de criar um regulamento próprio sobre a temática e utilizar tais mecanismos fiscalizatórios.

CONCLUSÃO

O direito à desconexão está intrinsecamente ligado aos direitos à limitação da jornada de trabalho e à saúde, assim, sua efetivação é essencial para garantir a qualidade de vida e o bem-estar do trabalhador e da sociedade. Ocorre que os avanços tecnológicos, trazidos pelas revoluções industriais, impactaram diretamente no modo como as pessoas passaram a relacionar-se. Nesse cenário, o advento de novos meios de comunicação, cada vez mais instantâneos, colaborou para a criação da cultura do imediatismo, que, no âmbito trabalhista, ligou a vida privada e a profissional do trabalhador, visto que o sujeitou ao recebimento de e-mails e mensagens nos seus intervalos intra e interjornada.

A questão central é que, de uma hora para outra, com a pandemia da Covid-19, muitos trabalhadores tiveram que aprender a trabalhar em casa e, em alguns casos, aprender a liderar outros trabalhadores na mesma situação. Assim, além do grupo de pessoas que já exercia a atividade laborativa remota e sofria com os impactos

gerados pela violação do direito à duração do trabalho, inúmeros outros indivíduos passaram a vivenciar a mesma situação, em que não se há um cômputo adequado da jornada do trabalho e, ao mesmo tempo, espera-se que haja produtividade e disposição imediata para atender ao empregador. Ademais, o trabalho remoto engloba uma série de premissas relacionadas ao espaço físico adequado, à coordenação, à organização do trabalho coletivo e a necessidades técnicas, como maneiras de comunicação virtuais efetivas. E, para além dessas exigências palpáveis, essa nova realidade, cheia de dias de incerteza, de cobranças e de crescimento dos riscos psicossociais, sujeitou os trabalhadores à sobrecarga de tarefas e à hiperconectividade, os quais aumentam o estresse e a ansiedade, elementos geradores de problemas à sua saúde física e mental.

Esse contexto, em que o privado e o laboral estão mais próximos do que nunca, evidencia a necessidade de haver a concretização do direito à desconexão na legislação brasileira, em especial, levando-se em consideração todas as dificuldades trazidas pelo trabalho remoto e seus impactos negativos na vida e na saúde do trabalhador. Para isso, o legislador brasileiro pode tanto utilizar os diversos estudos e relatórios sobre o tema quanto se inspirar na legislação francesa, bem como compete aos gestores de recursos humanos das empresas repensarem práticas e ações organizacionais voltadas para a obtenção do equilíbrio entre as esferas pessoal e profissional da vida dos indivíduos, sendo mais sensíveis às demandas emocionais, especialmente, devido às exigências do atual contexto pandêmico.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Almiro Eduardo de; SEVERO, Valdete Souto. **Direito à Desconexão nas Relações de Trabalho**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2014.

AZEVEDO, Jobim de; GUNTHER, Luiz Eduardo; VILLATORE, Marco Antônio César. Trabalhador doméstico em tempos de coronavírus. In: BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney (Orgs.). **O Direito do Trabalho na crise da Covid-19**. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 623-654. Disponível em: <[http://www.abmtrab.com.br/arquivos/Direito do Trabalho na Crise da Covid19.pdf#page=279](http://www.abmtrab.com.br/arquivos/Direito%20do%20Trabalho%20na%20Crise%20da%20Covid19.pdf#page=279)>. Acesso em: 31 ago. 2020.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 set. 2020.

_____. Decreto Legislativo nº 6, de 2020. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 mar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm>. Acesso em: 01 set. 2020.

_____. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 01 mai. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 01 set. 2020.

_____. Decreto nº 7.257, de 4 de agosto de 2010. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 04 ago. 2010. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm>. Acesso em: 01 set. 2020.

_____. Lei nº 13.103, 02 de março de 2015. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 02 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13103.htm>. Acesso em: 01 set. 2020.

_____. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 jul. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm>. Acesso em: 01 set. 2020.

_____. Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 mar. 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm>. Acesso em: 01 set. 2020.

_____. Projeto de Lei nº 4.044, de 2020. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2020. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8871666&ts=1598305429608&disposition=inline>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Acórdão de decisão que negou provimento ao pedido de reforma da sentença quanto ao abandono de emprego, descontos salariais, vale transporte, adicional de periculosidade, honorários periciais e indenização por danos morais. Recurso Ordinário nº 02485001820095020067 SP 02485001820095020067 A20. Relator: Des. Ivani Contini Bramante. 14 mar. 2014. Disponível em: <<https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/125351442/recurso-ordinario-ro-2485001820095020067-sp-02485001820095020067-a20>>. Acesso em: 01 set. 2020.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Acórdão de decisão que negou provimento ao pedido de reforma da sentença no tocante ao adicional de periculosidade e aos honorários advocatícios. Recurso Ordinário nº 1199000320095040332 RS 0119900-03.2009.5.04.0332. Relatora: Denise Pacheco. 04 de agosto de 2011. Disponível em: <<https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20180637/recurso-ordinario-ro-1199000320095040332-rs-0119900-0320095040332>>. Acesso em: 01 set. 2020.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão de decisão que negou provimento ao pedido de reversão da indenização por dano moral. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 2058-43.2012.5.02.0464. Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão. 18 de outubro de 2017. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProcInt=2014&numProcInt=268717&dtaPublicacaoStr=27/10/2017%207:00:00&nia=7023411>>. Acesso em: 31 ago. 2020.

CARDIM, Talita Corrêa Gomes. Direito à desconexão: um novo direito fundamental do trabalhador. In: VEIGA, Fábio da Silva; GONÇALVES, Rubén Miranda (Dirs.); MARTINS, Flávio; RODRÍGUEZ, Gabriel Martín (Coords.). **Direitos fundamentais e inovações no direito**. Porto: IBEROJUR, 2020. p. 143-150. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7477330>>. Acesso em: 01 set. 2020.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações

normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

ELEBI, Carolina Martínez. **El teletrabajo apura el debate por el derecho a la desconexión**. Publicado em: 17 mai. 2020. Disponível em: <<https://www.tiempoar.com.ar/nota/el-teletrabajo-apura-el-debate-por-el-derecho-a-la-desconexion>>. Acesso em: 01 set.. 2020.

EUROFOUND; INTERNATIONAL LABOUR OFFICE (ILO). **Working anytime, anywhere: The effects on the world of work**. Publicado em: 15 feb. 2017. Disponível em: <https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1658en.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2020.

FREIRE, Karolina Ferreira. **O Direito à Desconexão do Trabalho e o Impacto dos Avanços Tecnológicos na Delimitação do Tempo à Disposição do Empregador**. 2017. 85 f. Monografia (Bacharel em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2017.

LECIUK, Mayra Lucida Paes Landim. **O direito à desconexão como garantidor dos direitos de personalidade dos empregados**. 2018. 130 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) - Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Centro Universitário de Maringá, Maringá, 2018. Disponível em: <<http://rdu.unicesumar.edu.br/handle/123456789/993>>. Acesso em: 01 set. 2020.

MAFRA, Márcia Vieira. Direito à desconexão no universo do trabalho. In: GUERRA, Giovanni Antônio Diniz; VASCONCELOS, Ricardo Guerra; CHADI, Ricardo (Org.). **Direito do Trabalho**. v. 2. Belo Horizonte: FUMARC, 2015. p. 505-520. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/13311>>. Acesso em: 01 set. 2020.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Do direito à desconexão do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, n. 23, p. 296-313, 2003. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/108056/2003_maior_jorge_direito_desconexao.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 09 ago. 2020.

MARISCAL, Valéria Gerber. Reflexões necessárias em tempos de pandemia: produtividade e desconexão do teletrabalho. **UERJ LABUTA**. Publicado em: 10 jun. 2020. Disponível em: <[MELO, Sandro Nahmias. Teletrabalho, controle de jornada e direito à desconexão. **Revista Ltr**, São Paulo, v. 81, n. 9, p. 1094-1099, 2017. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/123429>>. Acesso em: 01 set. 2020.](https://uerjlabuta.com/2020/06/10/reflexoes-necessarias-em-tempos-de-pandemia-produtividade-e-desconexao-do-teletrabalho/#:~:text=O%20direito%20%C3%A0%20desconex%C3%A3o%20n%C3%A3o,Assim%2C%20a%20exce%C3%A7%C3%A3o%20do%20art.&text=A%20remunera%C3%A7%C3%A3o%20ter%C3%A1%20sua%20intimidade%20e%20privacidade%20invasivas.>>. Acesso em: 11 ago. 2020.</p></div><div data-bbox=)

METTLING, Bruno. **Transformation numérique et vie au travail**. Publicado em: set. 2015. Disponível em: <<https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/154000646.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2020.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. **Acompanhamento Mensal do Benefício Auxílio-Doença Previdenciário Concedido Segundo os Códigos da CID-10 - Janeiro a Dezembro de 2019**. Publicado em: 14 fev. 2020. Disponível em: <<http://sa.previdencia.gov.br/site/2020/03/Acompanhamento->

Mensal Auxílio-Doença-Previdenciário 2019 completo CID-10.pdf>. Acesso em: 31 mai. 2020.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **OMS: “O impacto da pandemia na saúde mental das pessoas já é extremamente preocupante”**. Publicado em: 14 mai. 2020. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/oms-o-impacto-da-pandemia-na-saude-mental-das-pessoas-ja-e-extremamente-preocupante/>>. Acesso em: 31 ago. 2020.

NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. Direito fundamental à prevenção em tempos de coronavírus. In: BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney (Orgs.). **O Direito do Trabalho na crise da Covid-19**. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 163-176. Disponível em <[http://www.abmtrab.com.br/arquivos/Direito do Trabalho na Crise da Covid19.pdf#page=279](http://www.abmtrab.com.br/arquivos/Direito%20do%20Trabalho%20na%20Crise%20da%20Covid19.pdf#page=279)>. Acesso em 01 set. 2020.

NUNES, Talita Camila Gonçalves. **A Precarização no Teletrabalho: escravidão tecnológica e impactos na saúde física e mental do trabalhador**. Belo Horizonte: RTM, 2018.

PEREIRA, André Souza. **Meio ambiente do trabalho e o direito à saúde mental do trabalhador: uma abordagem construtiva do meio ambiente do trabalho psicologicamente hígido a partir da relação entre os riscos psicossociais laborais e os transtornos mentais ocupacionais**. São Paulo: LTr, 2019.

RANDSTAD. **Global report randstad workmonitor Q4 2019**. Publicado em: dez. 2019. Disponível em: <<https://cdn2.hubspot.net/hubfs/481927/Randstad%20Workmonitor%20global%20report%20Q4%20-%20Dec%202019.pdf?hstc=243245085.8b6cc8c3024b1f782432fb2c84136f7b.1598911667755.1598911667755.1598911667755.1&>>

[hsssc=243245085.2.1598911667756&hsfp=1520915155](https://www.tst.jus.br/hsssc=243245085.2.1598911667756&hsfp=1520915155)>. Acesso em: 31 ago. 2020.

SAKAMOTO, Leonardo. **Trabalhador sem direito carrega o país na pandemia, dizem ministros do TST**. Publicado em: 02 jun. 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/colunas/leonardo-sakamoto/2020/06/02/governo-precisa-ouvir-trabalhador-e-nao-so-patrao-dizem-ministros-do-tst.htm>>. Acesso em: 31 ago. 2020.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. A saúde do trabalhador como um direito humano. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, n. 31, p. 109-137, 2007. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/105309>>. Acesso em: 01 set. 2020.

SOUSA, Maria Miguel Braz Cameira Coelho. **O impacto das novas tecnologias no direito do trabalho**. 2018. 56 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/28676/1/MariaSousa_Disserta%c3%a7%c3%a3o.pdf> . Acesso em: 01 set. 2020.

MINERAÇÃO E TRABALHO: PRECARIZAÇÃO EM TEMPOS DE COVID-19

MINING AND WORK: PREPARING IN COVID-19 TIMES

*Rikartiany Cardoso Teles*³⁰⁶
*Nereu Victor Tenório*³⁰⁷

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo o mundo do trabalho da mineração em meio à crise sanitária atual, sendo a mineração uma das atividades econômica e laboral mais antigas do Brasil e do mundo e um elemento milenar reforçado em processos escravizatórios e colonizadores, como com os africanos que foram trazidos para o Brasil. Segundo a OIT (Organização Internacional do Trabalho), a indústria extrativa é que mais oferece risco de acidente e até mesmo de vida, por ser a que menos oferece medidas de segurança aos trabalhadores, sendo considerado o meio mais perigoso do mundo para se trabalhar atualmente. O mundo do trabalho, segundo a ótica do materialismo histórico dialético é baseado na exploração do homem pelo homem, nesse sentido a relação vida humana e não humana se deteriora a proporção que a natureza é destruída. No cenário de crise sanitária, a crise capitalista só se agrava e externa ainda mais suas contradições e seu poder autodestrutivo. Por fim, traz um caso prático de Maceió-AL, sobre os danos da mineração predatória. Nesse sentido, tal trabalho chama a reflexão acerca da precariedade desse setor,

³⁰⁶Bacharel em Direito pela UFAL. Pós-Graduanda em Docencia Profissional pelo IFAL. E-mail: rikartiany@gmail.com.

³⁰⁷ Prof. Dr em Química-UFAL , do IFAL. E-mail :nereu.victor@gmail.com

principalmente nesse contexto de Covid-19, e seus impactos diretos na vida dos (as) trabalhadores (as).

Palavras-Chave: Exploração; Direito do Trabalho; Meio Ambiente; Mineração; Pandemia.

ABSTRACT

The present work aims the world of mining work in the midst of the current health crisis, with mining being one of the oldest economic and labor activities in Brazil and in the whole world and an ancient element reinforced in enslaving and colonizing processes, as with Africans that were brought to Brazil. According to the ILO (International Labor Organization), the extractive industry is the one that offers highest risk of accident and even life risk, because it is the one that least offers safety measures to workers, being considered the most dangerous environment in the world to work today. The world of work, according to the perspective of dialectical historical materialism, is based on the exploitation of man by man, in this sense the relationship between human and non-human life deteriorates to the extent that nature is destroyed. In the scenario of a health crisis, the capitalist crisis only worsens and externalizes its contradictions and its self-destructive power. Finally, it brings a practical case of Maceió-AL, on the damage of predatory mining. In this sense, such work calls for reflection on the precariousness of this sector, especially in this context of Covid-19, and its direct impacts on the lives of workers.

Keywords: Exploration; Labor Law; Environment; Mining; Pandemic.

INTRODUÇÃO

A atividade minerária nos moldes atuais não está sendo essencial para o conjunto das populações nesse momento de pandemia, para o conjunto da riqueza nacional e para os trabalhadores,

pois grande parte do que é produzido é exportado, além dos riscos que de contágio que são potencializados nesse setor laboral. A mineração é reforçada pelo *modus operandi* da lógica da produção desenfreada, do acúmulo capitalista, da destruição dos corpos de trabalhadores da mineração; assim, cada vez mais se coloca a direita (empresários, multinacionais), sempre na contramão dos interesses dos trabalhadores desse setor.

A manutenção das atividades pelo setor minerário em tempos de disseminação do coronavírus (Covid-19), coloca em risco a vida dos trabalhadores e operadores das minas, bem como os trabalhadores terceirizados, que continuam suas rotinas de trabalho normalmente, colocando em risco os colegas, seus familiares e as comunidades onde vivem ou que encontram em seu trajeto de trabalho, potencializadas pela ausência de EPI's (Equipamentos de Proteção Individual), de reorganização da escala de trabalho e demais recomendações da OMS (Organização Mundial da Saúde). A responsabilidade em lidar com essa situação recai sobre as empresas e governo, pois estes impossibilitam ou dificultam a efetivação das recomendações da OMS diante de uma pandemia que tem matado milhares cotidianamente, no mundo do trabalho da mineração isso só é ainda mais potencializado.

1. NATUREZA E APROPRIAÇÃO

No atual sistema em que vivemos, a lógica produtivista transforma os bens naturais em mercadoria, a potencialização dos lucros, conduz a uma crescente exploração, alienação e expropriação da força de trabalho, por um lado, e, por outro, à destruição da base de produção econômica, da fonte da riqueza, ou seja, da natureza.

Não é a utilidade de um produto ou serviço (valor de uso) que tem prioridade e sim seu valor de troca (mercado), a apropriação

desses bens torna-se meramente para o mercado, para o lucro. A mercadoria precisa ser comercializada o mais rápido possível para concretizar o processo de geração de mais-valia e lucro nela existente (MARX, 1996).

É a capacidade de pagamento que decide sobre o acesso a produtos, serviços e meios de produção e não sua real necessidade. A exemplo disso, podemos perceber por meio da venda e produção de respiradores, para o tratamento contra a Covid-19 é inegável, altamente necessário, porque então as indústrias não produzem massivamente e em valor acessível, visto que é uma necessidade de ordem primária para salvar vidas? Na verdade, o que vemos é compras sem sucesso, produtos defeituosos e corrupção no processo de compra e venda (SPERANDIO, 2020), colocando assim, diretamente, vidas humanas em risco e causando/acelerando mortes.

2. TIPOS DE MINAS E LAVRAS

O Brasil é um país mineral, desde seu início, de 1921 até o presente momento, diversos foram os códigos minerais editados. O Código de Mineração inovou em alguns aspectos, mas manteve-se fiel a conceitos como:

Art. 4º Considera-se jazida toda massa individualizada de substância mineral ou fóssil, aflorando à superfície ou existente no interior da terra, e que tenha valor econômico; e mina, a jazida em lavra, ainda que suspensa. [...]

Art. 36º Entende-se por lavra, o conjunto de operações coordenadas objetivamente o aproveitamento industrial da jazida, desde a extração das substâncias minerais úteis que contiver, até o beneficiamento das mesmas. [...] (BRASIL, 2003).

A classificação das minas leva em consideração o método de lavra aplicado. A Mineração sobre terreno plano é o método mais eficiente de remoção de mineral, que pode se dar imediatamente abaixo da superfície, ou abaixo de 30 a 60 metros do material estéril, que precisa ser removido para atingir o veio alvo. A mineração de encosta ou contorno é um método de lavra de superfície, onde os lados das montanhas são entalhados ou cortados. O veio do minério, variando de 0,6 a 3,6 metros de largura, é exposto e removido e, após trabalhos de sondagens usados para determinar a situação exata do veio, mineralizado. Um terceiro tipo de mina de superfície é a chamada de open pit, cujo método de lavra é semelhante a trabalhos de remoção de grandes quantidades de terra, compreendendo também a execução de furos para a detonação de cargas e explosivos. O minério assim desmontado é apanhado por grandes carregadeiras, sendo transportado por caminhões especiais para uma planta de britagem (FILHO, 2015).

A mineração subterrânea pode ser feita por diversos métodos um deles é a mineração de encosta, usada para extrair minérios de afloramentos nas encostas das montanhas, seguindo-se o veio mineralizado horizontalmente através da escavação de galerias montanha adentro. Outro é a mina com poço inclinado ou rampa, onde o minério é alcançado através de um poço inclinado, desde a superfície até o minério ou veio de carvão. Um terceiro método é a lavra com poços, onde o minério é alcançado por poços verticais que podem atingir profundidades de até 1.600 metros. Uma serie de galerias se espalham a partir dos poços, em uma geometria que atenda aos propósitos da engenharia (MARA, 2018)

3. ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS NO COMBATE AO COVID-19 E EXPLORAÇÃO MINERAL

A OIT (ILO, 2020) considera o setor de mineração (ferro, carvão, ouro, diamante etc.) como o mais perigoso do mundo para se trabalhar atualmente. Segundo esta, uma indústria extrativa que oferece mais risco de acidente e até mesmo a vida, por oferecer menos medidas de segurança aos trabalhadores. Além dos poucos ou inexistentes mecanismos de segurança, trabalhar em uma mina é quase uma garantia de ter seus direitos desrespeitados também em termos de piso salarial, jornada de trabalho e abusos físicos por parte de empregadores.

O Brasil declarou em 03 de fevereiro o estado de Emergência em Saúde Pública de importância Nacional através da Portaria Nº 188, regulamentando em seguida as medidas para enfrentamento **da** emergência de saúde pública por meio da lei Nº 13.979/20, medidas essas, que permitiram que autoridades adotassem protocolos de isolamento social e quarentena em território nacional (UOL, 2020). Em contrapartida, sem qualquer consulta pública ou estudo prévio, determinou que a mineração é atividade essencial ^(PORTAL DA MINERAÇÃO, 2020), mesmo com denúncias, crescente números de contágio e mortes de trabalhadores da área, ignorando completamente a vida dessas pessoas, e dentro de um cenário de afrouxamento de leis e do próprio Ministério do Meio ambiente frente aos ataques contra órgãos fiscais e povos tradicionais (G1, 2020).

A OMS declarou recentemente (além das inúmeras diretrizes acerca do contágio e medidas que devem ser tomada para evitá-lo, e que vão de encontro com toda a lógica laboral da mineração) que o contágio da Covid-19 por vias aéreas pode ocorrer (VALOR, 2020), o que evidencia o perigo das minas subterrâneas.

4. DIREITO DO TRABALHO E MINERAÇÃO

O trabalho é o fator que relaciona homem e a natureza; é o esforço do homem para regular seu metabolismo com a natureza. O trabalho é a expressão da vida humana e por meio dele se altera a ligação do homem com a natureza, assim o trabalho é essencial para a reprodução da vida humana, sendo por meio deste a transformação da natureza.

A mineração é uma das atividades econômicas e trabalhistas mais antigas do Brasil e do mundo. É um elemento milenar, escravista e colonizador, com o intuito de enriquecer os países imperialistas. Além dessas questões levantadas, são históricas e incontáveis as denúncias referentes a trabalho escravo oriundo do setor minerário, principalmente de empresas, como é o caso da *Anglo American*.

O meio ambiente do trabalho (o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, sejam remuneradas ou não), cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, não se restringe ao local de trabalho estrito do trabalhador, pois abrange também os instrumentos de trabalho, o modo da execução das tarefas e a maneira como o trabalhador é tratado pelo tomador de serviços e pelos próprios colegas de trabalho.

Para que haja um meio ambiente de trabalho seguro, adequado e livre de riscos, é necessário que os tomadores de serviços assegurem “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (inc. XXII do art. 7º da CF) (BRASIL, 1988). Há quem diga (governo, empresa e afins) que é possível flexibilizar esse ambiente, mas se esquece que meio ambiente do trabalho sadio e adequado é um direito fundamental inerente à própria condição humana, porque com ele se visa proteger a saúde e a vida

das pessoas, assim não deveria ser possível a flexibilização. É necessário enfatizar mais ainda a sua importância e a adoção de medidas de proteção aos trabalhadores, porque o Covid-19 proporciona risco grave e iminente não somente para os trabalhadores, mas para todas as pessoas do planeta.

A contaminação dos trabalhadores não é um problema apenas deles, é sobretudo um problema de todos: dos empregados, dos empregadores e da sociedade, pois é uma questão de ordem pública e esse (a) trabalhador (a) pode e vai contaminar outras pessoas devido as condições precárias de segurança e higiene. Os empregadores podem ser incapazes de evitar a contaminação pelo coronavírus, mas podem e devem contribuir para evitar essa contaminação, além do resguardado constitucionalmente no inc. XXVIII do art. 7º da Constituição Federal, que garante aos trabalhadores “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”. (BRASIL, 1988)

4.1 Legislação e Segurança do Trabalho

Segundo dados da Frente Sindical Mineral, entre 2012-2018, ocorreram 37.478 acidentes trabalhistas gerados pelas mineradoras (ANGELO, 2020) o que equivale a dizer que por semana, em média, 100 trabalhadores mineiros são vítimas de acidentes no trabalho, sendo que uma parcela destas vítimas teve que se aposentar por invalidez ou morreu enquanto buscava o seu sustento.

Segundo dados do AEAT (Anuário Estatístico de Acidentes de Trabalho) de 2016, da Secretaria de Previdência, o setor da indústria extrativa mineral brasileiro mata 3 vezes mais que os outros setores, uma vez que a taxa de óbitos para todas as atividades naquele ano foi

de 5,57 para cada grupo de 100 mil empregados formais no Brasil, e na mineração, essa taxa foi de 14,81 mortes (INSS, 2020).

A insalubridade do setor mineral é algo monstruoso e latente: nas jazidas os turnos chegam a ser de 24 horas e é comum que algum trabalhador, em geral menor de idade, sofra acidentes sérios ou até mesmo fatais, como citado anteriormente (MICHELOTI, 2019). Há ainda uma enorme frequência de doenças relacionadas ao contato direto dos garimpeiros com mercúrio – um metal altamente tóxico usado para facilitar a “limpeza” do ouro. A exposição ao mercúrio por longos períodos leva a graves problemas respiratórios e, em alguns casos, ao envenenamento.

A Norma regulamentadora 22, proveniente da Portaria MTE n.º 732/2014, é aplicável as minerações subterrâneas, minerações a céu aberto, garimpos (no que couber), beneficiamentos minerais e pesquisa mineral (BRASIL, 2014). Além das diversas problemáticas expostas nessa NR, como a poeira mineral que é um dos agentes físicos que representa maior risco na indústria da mineração, e de acordo com o material lavrado, pode existir outros materiais particulados relevantes do ponto de vista de saúde ocupacional, por exemplo, chumbo e manganês, traz uma grande questão nesse momento de pandemia, que é a ventilação do ambiente. A atividade de mineração subterrânea enfrenta grande desafio e riscos, em relação a manutenção da qualidade do ar subterrâneo.

Os veículos movidos a diesel são muito utilizados nas atividades operacionais de lavra subterrânea. Todavia, o uso desses equipamentos adiciona novos riscos a essas atividades, relacionados aos gases da combustão do diesel, comprometendo a qualidade do ar, caso não sejam implementados e instalados sistemas de ventilação adequados. Ou seja, o cerne central de transmissão do vírus é a ausência de local ventilado e super lotado, situação essa da maioria

dos locais laborais de mineração, o que potencialmente e diretamente causa a contaminação de milhares de trabalhadores desse setor laboral, conforme diretrizes da OMS acerca da transmissão desse vírus (OPAS, 2020). Além disso, tem a questão do processamento químico ou biológico dos dejetos, e sua potencialidade na transmissão do vírus, a exemplo de armários individuais, para impedir esse contágio.

As diretrizes que vem sendo estabelecidas pela Justiça do Trabalho à empresas mineradoras vem norteando alguns pontos, tais como: Instalação de barreiras físicas; definição e normatização de áreas de circulação de pessoas; reforço das marcações de distanciamento; implantação de direcionadores de fluxo de pessoas e contratação de fiscais para fazer a vigilância dos ambientes são outras medidas determinadas; pontos que já deveriam ser seguidos e mesmo em meio a uma pandemia, não o são.

A atividade mineradora, principalmente aquela que submete os trabalhadores a permanecerem dentro de minas subterrâneas, provoca vários tipos de doenças pulmonares, devido à exposição a agentes físicos, químicos e biológicos. Dependendo do tempo de exposição, não haverá tratamento adequado para sua cura. Extremas temperaturas, calor, umidade, iluminação, ruídos, vibrações e riscos ergonômicos (posturas inadequadas e movimentos repetitivos).

A lavra a céu aberto, a depender do tipo de minério explorado, apresenta como principal risco a aspiração de poeiras que podem provocar a silicose. A silicose, dentre as doenças que podem ser causadas por esse tipo de exposição, ocorre após longa exposição da pessoa e pode variar de dez a vinte anos para se manifestar. Outro tipo comum de doença pulmonar é a asbestose, provocada pelo amianto. A asbestose impõe lesões nos pulmões com apenas curtas exposições (FAGUNDES, 2014).

A Lei 9.055 de 1995 disciplinou o uso e extração do amianto no Brasil e vetou em todo território nacional a utilização e comercialização da actinolita, amosita (asbesto marrom), antofilita, crocidolita (amianto azul) e da tremolita, variedades minerais pertencentes ao grupo dos anfibólios, bem como produtos que contenham estas substâncias. Tudo isso devido a doenças fatais provocadas pelo mineral. Esse contexto ratifica a grande necessidade de proteção jurídica que deve existir nesse setor (BRASIL, 1995).

4.2 Direito Minerário e Ambiental

Cabe aqui uma reflexão acerca do Direito Minerário e o Direito da Mineração. Este último é um sistema amplo composto de microssistemas, que regulam o aproveitamento das riquezas minerais; já o Direito Minerário trata de aspectos regulatórios, cuja estrutura encontra-se embasada pela Constituição Federal e no Código de Mineração com sua legislação correlata, as regras de “compliance”, que devem ser ajustadas para a mineração, as regras do Direito do Trabalho específicas para o setor mineral (ATHAIDE, 2017), o Direito Ambiental com suas particularidades quando aplicado à mineração, a Tributação Mineral, as leis que regulam e obrigam a Administração Pública, as leis de distribuição de competência e de definição da estrutura dos órgãos etc.

A ANM (Agência Nacional de Mineração) tem fomentado debates acerca da adoção de medidas de concessão de direitos minerários, independentemente da obtenção do licenciamento ambiental dos empreendimentos, cerne de muita crítica por parte dos especialistas em direito ambiental, pois apesar da ANM tratar dos direitos minerários em si, não é ela responsável pela viabilidade

socioambiental do empreendimento, de maneira que a concessão desse direito é condicionada, sendo assim, no entendimento desses especialistas, além de não possuir caráter de urgência, levar a leilão uma determinada atividade, sem que a sua viabilidade, portanto a licitude do objeto, esteja caracterizada, traz riscos para a administração pública e para os afetados pela licença.

O Código Mineral, na ordem de acesso as liberdades democráticas, é um instrumento necessário, principalmente de controle social, desde que exista participação popular e efetiva execução das demandas e questões colocadas pelos afetados pela mineração, visto que o impacto ambiental causado pela mineração é grande. As transformações que a atividade provoca no meio ambiente incidem nos recursos hídricos (contaminações de rios, processamento de dejetos e etc.), biológicos (impacto em matas, flores, causa de extinção de espécies, etc.), socioeconômicos (migração de populações, aumento da violência, etc.) e geológicos (mudanças topográficas e geomorfológicas). Segundo Marx (2004, p. 140) a alienação da natureza imposta aos trabalhadores está mais ativa do que nunca, e o atual cenário só ratifica isso.

Os problemas trazidos pela mineração devem ser amplamente discutidos, particularmente agora, pois está em tramitação na Câmara dos Deputados o novo Código da mineração (em debate desde 2013, com base meramente técnica e fiscal) que apresenta pontos questionáveis. É o caso do artigo 109, parágrafo 3º, onde se afirma que em caso de “relevante interesse da mineração”, a União poderá impedir ações que impossibilitem o aproveitamento de recursos minerais significativos.

A mineração é uma realidade dada, no sentido de ser necessário, isso quer dizer que a questão aqui centrada é como minerar e o sistema econômico atual! Diante da égide cada vez maior da

voracidade do capital e seu aspecto destrutivo, é urgente uma organização popular, um programa soberano de bens naturais. Nem todas as áreas devem ser mineradas, áreas livres de mineração, consulta as comunidades e população acerca de projetos mineradores, não geração de conflitos (FIOCRUZ, 2020), tão latentes na realidade latifundiária brasileira.

CONCLUSÃO

Portanto, é visível que a prioridade do governo e das empresas mineradoras não é a proteção da vida e da saúde dos trabalhadores e suas famílias, devendo essa ser a prioridade nesse momento, pois o lucro não vem antes da vida.

Dessa forma, o debate sobre a essencialidade de algumas atividades minerais deveria ter sido feito com os sindicatos, as secretarias de saúde e as lideranças comunitárias dos municípios da mineração, principalmente. Isso permitiria planejar uma redução controlada e temporária da atividade mineradora baseada na definição de escalas e ritmos de extração, regulação de estoque, planos remunerados de capacitação dos trabalhadores que ficassem em casa e apoio às pequenas e médias empresas mineradoras, evitando, assim, o grande número de contágio que a cada dia cresce, e tantas vidas ceifadas.

REFERÊNCIAS

AMAZONIA.ORG. Disponível em
:<<https://amazonia.org.br/2015/05/mineracao-e-prostituicao/>>.
Acesso em 19 jul. 2020.

ANUÁRIO ESTATÍSTICO DE ACIDENTES DO TRABALHO (AEAT), 2016. Disponível em :<
<http://sa.previdencia.gov.br/site/2018/04/AEAT-2016.pdf>>. Acesso em 19 jul. 2020.

ACSELRAD, Henri. **O que é justiça ambiental**. Rio de Janeiro: Editora Garamond, 2009.

ATHAIDE, Pedro. **Direito minerário**. Ed. JUSPODIVM, 2017.

ANTUNES, Ricardo. **Os Sentidos do Trabalho** – Ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo, Boitempo editorial, 1999.

BRASIL. **Lei 9055, de 01 de junho de 1995**. Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 01 de junho de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9055.htm>. Acesso em: 29 jun. 2020.

_____. **Código de Mineração**, 1967, e legislação correlata. Brasília: Senado Federal, subsecretaria de Edições Técnicas, 2003.

_____. **Código Civil**, 2002. Disponível em <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em 19 jul. 2020.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 jul. 2020.

_____. Ministério do Trabalho - Norma Regulamentadora. **NR 22**. Disponível em :<
https://enit.trabalho.gov.br/portal/images/Arquivos_SST/SST_NR/NR-22.pdf. Acesso em 20 jul. 2020.

_____. **Ministério Público Federal (MPF)**. Disponível em :<
<http://www.mpf.mp.br/al/caso-pinhoeiro>>. Acesso em 20 jul. 2020.

_____. **Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) - Portaria 732**. Disponível em :<
<https://www.anamt.org.br/portal/2014/03/04/portaria-mte-no-732-de-22-de-maio-de-2014/>>. Acesso em 19 jul. 2020.

COELHO, Tádzio Peters. **A questão Mineral no Brasil vol.1**. Ed. Iguana, 2 ed. 2015.

FAGUNDES, Gilmara. **SILICOSE DOENÇA PULMONAR OCUPACIONAL NO TRABALHADOR DE**

MINERAÇÃO. **Revista Médica de Minas Gerais**, 2014. Disponível em
http://patologiaufvjm.weebly.com/uploads/2/3/4/2/2342487/silicose_1.pdf. Acesso em: 22 jun. 2020.

FILHO, Noé. **TÉCNICAS DE ANÁLISE QUÍMICA EM MINERAÇÃO. Técnico e Mineração**, 2015. Disponível em
 <<https://tecnicoemineracao.com.br/tecnicas-de-analise-quimica-em-mineracao/>>. Acesso em 18 jul. 2020

LÖWY, M. **Ecologia e socialismo**. São Paulo: Cortez, 2005.

LUCON, Daniela Antunes. **As causas da ineficiência da legislação brasileira na proteção à saúde e segurança do trabalhador na**

mineração carbonífera – aspectos de meio ambiente do trabalho. 156f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Geociências, Campinas, 2002, p. 17.

MARA, Isabella. **TÉCNICAS DE ANÁLISE QUÍMICA EM MINERAÇÃO.** Minas Jr, 2018. Disponível em: <<https://www.minasjr.com.br/tecnicas-analise-quimica-mineracao/>>. Acesso em 18 de jul 2020.

MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos.** São Paulo. Ed. Boitempo, 2004.

_____. **O capital:** crítica da economia política. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2011.

_____. **O capital.** São Paulo: Nova Cultural. 1996.

MICHELOTI, Fernando. **Mineração: trabalho, territórios e conflitos na região de Carajás.** Ed. Iguana, SP, 2019.

MONEYTIMES. **MPT reforça investigação sobre casos de covid em unidades da Vale- PA.** Disponível em :<<https://www.moneytimes.com.br/mpt-reforca-investigacao-sobre-casos-de-covid-19-em-unidades-da-vale-no-para/>>. Acesso em 19 jul. 2020.

Observatório da Mineração, 2020. Disponível em :<<http://www.sitraemg.org.br/tag/frente-mineira/>>. Acesso em 19 jul. 2020.

PAULO NETTO, J.; BRAZ, M. **Economia política:** uma introdução crítica. São Paulo: Cortez, 2007.

PORTAL DA MINERAÇÃO. **União publica decreto considerando mineração atividade essencial.** Disponível em :< <http://portaldamineracao.com.br/uniao-publica-decreto-considerando-mineracao-atividade-essencial/>>. Acesso em 19 jul. 2020.

SAMORA, Roberto. MPT REFORÇA INVESTIGAÇÃO SOBRE CASOS DE COVID-19 EM UNIDADES DA VALE NO PARÁ. **UOL**, 2020. Disponível em :< <https://economia.uol.com.br/noticias/reuters/2020/06/10/mpt-reforca-investigacao-sobre-casos-de-covid-19-em-unidades-da-vale-no-para.htm>>. Acesso em 19 jul. 2020.

VALOR. OMS ADMITE POSSIBILIDADE DE TRANSMISSÃO AÉREA DA COVID-19. **Valor Econômico**, 2020. Disponível em :< <https://valor.globo.com/mundo/noticia/2020/07/07/oms-admite-possibilidade-de-transmisso-area-da-covid-19.ghtml>>. Acesso em 18 jul. 2020.

“NOVO NORMAL”: DA EXIGÊNCIA DO EXAME DO COVID-19 NA ADMISSÃO DE TRABALHADORES

“NEW NORMAL”: THE REQUIREMENT TO EXAM COVID-19 ON EMPLOYEES 'ADMISSION

*Caroline Santoro da Silva*³⁰⁸

*Letiane Corrêa Bueno Nogueira Ramos*³⁰⁹

RESUMO

O presente trabalho abordará a conduta patronal em exigir o exame do COVID-19 na admissão de trabalhadores, observando juntamente os dispositivos expressos em Lei, bem como o atual momento de crise sanitária decorrente do COVID-19, o qual refletiu em diversas mudanças no direito do trabalho, bem como nas relações mais íntimas da sociedade como um todo.

Palavras chave: COVID-19. Exame. Admissão. Princípios

ABSTRACT

This work will address the employer's conduct in requiring the examination of COVID-19 in the admission of workers, observing together the provisions expressed in law, as well as the current moment of health crisis resulting from COVID-19, which reflected in

³⁰⁸ Estudante de direito da Faculdade Anhanguera de Leme/SP. Estagiária em direito. E-mail: carolinesantoro@hotmail.com.

³⁰⁹ Pós-Graduada Lato Sensu em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade de São Paulo - USP. Mestrado Profissional - MBA Executivo Internacional em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas. E-mail: letiane_cbleme@hotmail.com. Advogada

several changes in the law work, as well as in the most intimate relations of society as a whole.

Keywords: COVID-19. Exam. Admission. Principles.

INTRODUÇÃO

Com intuito de reimplantar a ordem democrática e extirpar de uma vez por todas o regime militar que havia se instaurado em meados de 1964, foi promulgada em 05 de outubro de 1988 a Constituição Federativa da República do Brasil, conhecida também como “Constituição cidadã”, a qual ganhou destaque por simbolizar a garantia de direitos fundamentais e sociais, sendo inserido no ordenamento os princípios jurídicos, refletindo tais direitos constitucionais na esfera trabalhista, em especial a garantia efetiva da dignidade da pessoa humana, da justiça social, bem como a valorização do trabalho.

No entanto, em que pese a garantia de direitos conquistados ao longo dos anos, a atual crise sanitária global, decorrente da pandemia do COVID-19 gerou inúmeras alterações na legislação trabalhista, principalmente, com a edição de Medidas Provisórias e, portanto, modificando pilares do direito do trabalho.

Nesse sentido, refletindo em aspectos os quais envolveram e de certo modo impactaram os direitos conquistados pelos trabalhadores ao longo dessas décadas, permitindo diversas exceções em face aos direitos já reconhecidos e expressos em Lei, inclusive em dispositivos inseridos na Carta Magna de 1988, será analisado no presente artigo, a discussão sobre a exigência patronal, nos casos na admissão de empregado, do exame para verificar se o empregado teve ou tem positivo para o vírus do COVID-19.

Destarte, a respeito da legalidade quanto a conduta praticada pela parte empregadora em exigir o exame do COVID-19 na contratação de trabalhadores, tem como base uma recente matéria jornalística, na qual se discute e analisa sobre a legalidade de tal conduta em um conflito de princípios, principalmente da dignidade da pessoa humana e da proteção do núcleo familiar, incumbindo aos operadores de direito a árdua tarefa de analisar as novas discussões e defender a Carta cidadã.

1. DA EXISTÊNCIA DE COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS E DA EXIGÊNCIA DO EXAME DO COVID-19

A Constituição Federal de 1988, visando instituir um Estado Democrático de Direito, centralizou e deu início aos seus dispositivos, inserindo preceitos básicos constitucionais, os quais buscaram priorizar o bem-estar da sociedade como um todo, ressaltando relevante destaque quanto a pessoa humana.

Dessa forma, visando proporcionar ambiente mais justo e democrático, almejando a paridade em ambiente social, inclusive, no ambiente de trabalho, vez que foram incluídos em Carta Magna inúmeros preceitos básicos fundamentais, os quais manifestam-se diretamente na seara trabalhista, com intenção de anular todo e qualquer ato discriminatório. Desse modo, alguns preceitos básicos os quais são atingidos através da conduta discriminatória do empregador:

O ato discriminatório do empregador que dispensa em razão da condição peculiar do trabalhador fere diversos preceitos básicos constitucionais, como: 1. Art. 1º, inciso III, da CF estabelece como base de todo ordenamento jurídico o respeito à dignidade da pessoa

humana; 2. Art. 3º, inciso IV, da CF prevê que um dos objetivos da República é erradicar qualquer tipo de preconceito e discriminação; 3. Art. 5º, caput, e art. 7º da CF, que preveem o princípio da igualdade. (CORREIA, 2019, p.1686).

Desse modo, o ato discriminatório reflete diretamente nas oportunidades ou no tratamento no ambiente de trabalho *relacionada à distinção, exclusão ou preferência, com base por exemplo em raça, cor, sexo, religião, nacionalidade ou origem social, que reflita nas oportunidades no trabalho* (GRANADEIRO GUIMARÃES, 2016).

Como se percebe, a Lei maior, diante dos inúmeros dispositivos inseridos, visa de todas as formas garantir o máximo respaldo a pessoa humana, priorizando a igualdade entre a sociedade de forma que, tais diferenças não ensejam na discriminação de oportunidades em decorrência de qualquer distinção existente.

Visando ainda maior efetivação dos princípios constitucionais, com intuito de resguardar os direitos do trabalhador no ato da contratação, bem como no decorrer do contrato de trabalho, a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), juntamente com o Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto 678/92), têm como finalidade amparar e garantir a redução existente quanto às desigualdades e a garantia da governabilidade democrática.

Em relação ao interesse de garantir a igualdade em ambiente de labor, com intuito de inibir qualquer ato que resulte na caracterização de conduta discriminatório, a OIT na Convenção nº 111 supracitada, compreende e expõe em seu artigo 1º, incisos *a* e *b* a seguinte definição:

1. Para os fins desta Convenção, o termo "discriminação" compreende: a) toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo,

religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento no emprego ou profissão;

b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou tratamento no emprego ou profissão, conforme pode ser determinado pelo País-membro concernente, após consultar organizações representativas de empregadores e de trabalhadores, se as houver, e outros organismos adequados.

Ante o exposto, é notável que referida Convenção visualiza a preocupação da OIT em combater a discriminação contra o trabalhador, o que demonstra que toda comunidade internacional também está voltada para a valorização do emprego, através da garantia de igualdade e conseqüentemente a não discriminação no âmbito do direito do trabalho.

Em que pese os amparos existentes quanto a inibição de condutas discriminatórias no âmbito internacional, temos a criação da legislação infraconstitucional específica, prevista na Lei nº 9.029/1995, a qual garante respaldo total no que tange a esfera trabalhista, expondo em seu artigo 1º a seguinte determinação:

É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

Os dispositivos mencionados na Lei nº 9029/95, bem como os inseridos em Convenção, vedam nitidamente a prática de qualquer ato

discriminatório, que venha ocorrer por parte do empregador, ressaltando relevantes práticas ocorridas em efeitos de celebração contratual e de permanência na relação jurídica de trabalho estabelecida.

Pois bem, em uma conjectura atual pandêmica, geradora de inúmeros comentários quanto a legalidade da conduta empregadora em exigir na contratação o exame de teste do COVID-19, temos que a Lei nº 12.984/2014, define como sendo crime diversas condutas discriminatórias dos portadores do Vírus da Imunodeficiência Humana (HIV) ou doença de Aids, as quais encontram-se inseridas nos incisos do artigo 1º da referida Lei:

Art. 1º Constitui crime punível com reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, as seguintes condutas discriminatórias contra o portador do HIV e o doente de aids, em razão da sua condição de portador ou de doente:

I - recusar, procrastinar, cancelar ou segregar a inscrição ou impedir que permaneça como aluno em creche ou estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado;

II - negar emprego ou trabalho;

III - exonerar ou demitir de seu cargo ou emprego;

IV - segregar no ambiente de trabalho ou escolar;

V - divulgar a condição do portador do HIV ou de doente de aids, com intuito de ofender-lhe a dignidade;

VI - recusar ou retardar atendimento de saúde.

A jurisprudência consolidada do Colendo Tribunal Superior do Trabalho na Súmula 443, editada em setembro de 2012, presume que, *uma vez tomada a ciência da enfermidade, toda dispensa sem justa causa de empregados que possuam algum tipo de doença grave, como HIV, é discriminatória*. Em razão desse posicionamento do TST, o ônus da prova de que a dispensa não foi arbitrária ou discriminatória passa a ser do empregador.

Assim, a Corte atribuindo todo respaldo e efetividade aos princípios constitucionais inseridos na Carta Magna, os quais visam o combate a qualquer ato discriminatório em ambiente laboral, expõe que *“Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.”*

Diante de todos os dispositivos em Lei mencionados, bem como as Convenções e Súmulas supracitadas, de acordo com o tema do presente trabalho a indagação ressurgue: existe legalidade do empregador em exigir como pré-requisito na contratação do empregado o exame do COVID-19?

Em primeiro, de acordo com os dispositivos da Carta Magna, artigo 1º, inciso III; artigo 3º, incisos I e IV; artigo 5º *caput* e inciso III, observamos que a letra da Lei tutela, em suma, pela existência e prevalência do princípio da igualdade, com objetivo crucial de erradicar qualquer tipo de preconceito e conduta discriminatória, visando máxima proteção a dignidade da pessoa humana. Desta feita, analisando por este viés, a conduta da parte empregadora seria ilegal perante os dispositivos em Lei, visto que o pré-requisito para contratação afrontaria os princípios básicos de toda e qualquer pessoa, sendo estes o da intimidade, vida privada e até mesmo a honra do trabalhador, podendo até mesmo em casos do empregado se sentir ofendido, buscar reparação pelo dano moral suportado, conforme assegura o artigo 5º, incisos V e X da Constituição Federal.

Ademais, no que diz respeito a pré-contratação do trabalhador, temos ainda que existe toda uma proteção a qual, além de estabelecer as obrigações principais e secundárias da parte empregadora, atribui também deveres anexos de comportamentos, sendo este último, referente a conduta do empregador, os quais conferem o dever geral

de agir de acordo com a boa-fé objetiva, tendo como valores adjacentes a honestidade, a lealdade, a proteção, a informação e a fidelidade para com o contratado, visando o bem estar social.

O princípio da boa-fé exigido no pacto laboral, está ligado a condutas honestas e leais que precisam ser praticadas pela parte empregadora desde o ato da contratação até o rompimento do contrato de trabalho, ou seja, a boa-fé faz com que os contratantes tenham o dever de não apenas se abster de praticar atos faltosos ou desleais, mas sim, de agir e de praticar atos em conformidade com padrões éticos em todas as fases contratuais, ou seja, nas fases de negociação, tratativas e execução do contrato, portanto, a exigência do exame macula até mesmo o direito a intimidade do trabalhador.

Ainda, segundo o posicionamento que considera a conduta empregadora como sendo ilegal, o advogado trabalhista Antônio Queiroz Júnior se manifestou quanto a repercussão do caso ocorrido em Belo Horizonte, em que foi exigido na pré-contratação o teste do exame de COVID-19 e, em entrevista realizada no site da G1 Globo.com, expôs que este critério de seleção já sugere um caráter discriminatório. Além disso, destaca o especialista, que o contratante coloca em risco a saúde do trabalhador, porque não há estudos sobre a imunidade após a infecção pela COVID-19.

Quanto a análise ao que dispõe a Convenção da OIT nº 111, observa-se que o legislador menciona no artigo 1º, inciso *b*, que será considerada conduta discriminatória “*Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão*”.

Desta feita, realizando uma breve análise sobre o que dispõe a referida convenção e a conduta da parte empregadora em exigir como requisito para a contratação o teste de exame do COVID-19,

percebemos de forma nítida que há evidente afronta aos dispositivos inseridos em Convenção vez que, conforme transcrito o inciso destacado, fica claro que o legislador foi abrangente quando mencionou “qualquer outra distinção”, englobando dessa forma todo tipo de conduta que cause esse efeito discriminatório no ato da contratação do trabalhador, repugnando veemente qualquer ato que resulte na desigualdade de oportunidades.

Não obstante, em análise ao inciso da referida Convenção quanto ao requisito solicitado pela parte empregadora, objeto de estudo, podemos até mesmo nos remeter ao seguinte pensamento de que, a conduta do empregador poderia resultar até mesmo em uma espécie de “corrida contra o tempo” para contrair o novo COVID-19, visto que, já que a seleção para a contratação ocorreria entre aqueles já “imunizados” pelo COVID-19, o trabalhador em busca de sua inserção no mercado de trabalho e, diante das dificuldades enfrentadas, poderia facilmente, por desejo próprio, contrair o referido vírus com a intenção de conseguir uma oportunidade de emprego, afetando, inclusive, a saúde pública.

Em que pese as análises realizadas, a Lei infraconstitucional nº 9.029/95, no mesmo sentido que a Convenção da OIT nº 111, faz menção a um efeito abrangente quanto às práticas discriminatórias, expondo em seu artigo 1º, a proibição de qualquer conduta que vise limitar o acesso a oportunidade de emprego, ademais, referida Lei aponta diversos motivos em que podem ocorrer possíveis atos discriminatórios, a título de exemplo, cita as ocasiões em que as condutas discriminatórias forem motivadas em razão de sexo, deficiência e raça, encerrando respectivo dispositivo com a expressão “entre outros”, ou seja, o legislador abrange outros tipos de razões que possam instigar atos discriminatórios, além das já mencionadas em artigo de Lei.

Observe-se ainda, a respeito da Lei nº 9.029/95, em seu artigo 2º, inciso I, que é classificada como sendo conduta discriminatória “*a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez*”, ou seja, de acordo com o respectivo dispositivo, podemos equiparar a exigência do teste do exame do COVID-19 com os casos que exigem o teste de exame negativo de gravidez, por analogia, para que então ocorra a efetiva contratação e, desse modo, nota-se de forma nítida a abrangência do dispositivo, caracterizando ambas as condutas como ato discriminatório.

E mais, de acordo com a corrente que caracteriza a exigência do teste do COVID-19 como sendo ilegal, indaga-se: permitindo a legalidade quanto a solicitação do exame do COVID-19 nas pré-contratações, tal conduta não repercutiria em outros casos, como por exemplo na possibilidade de exigir o teste de exame de gravidez? ou então na possibilidade e legalidade em exigir o teste de exame de HIV? Não pairam dúvidas de que tal conduta abriria um leque de possibilidades para exigência de demais exames, havendo, portanto, retrocesso diante de todos os direitos já conquistados pelos trabalhadores ao longo dessas décadas.

Deste modo, de acordo com a vertente que apoia e considera a conduta da parte empregadora como sendo discriminatória, a desclassificação de um candidato a vaga de emprego em um processo de contratação, motivada pelo fato deste ainda estar condicionado a contagiar-se pelo vírus do COVID-19, ou então já ter contraído a doença e não estar imunizado, é discriminatória.

Nessa linha, em relação ao conflito existente entre a conduta praticada pela parte empregadora e os dispositivos expressos em Lei, temos ainda que a Lei de nº 12.984/2014, criada com intuito de tutelar e proteger os interesses das minorias, em especial os portadores do

vírus da imunodeficiência humana (HIV) e doentes de AIDS, estabeleceu em seu artigo 1º e incisos, condutas discriminatórias praticadas em razão da condição do portador ou doente, sendo uma delas, a negação de oportunidade de emprego, inciso I, e a exoneração ou demissão de cargo ou emprego, inciso II.

Não obstante, a respeito à Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho, temos que referido entendimento, além de considerar a dispensa do portador do vírus HIV como uma conduta discriminatória, também abrange de forma geral qualquer outro tipo de doença grave que suscite estigma ou preconceito, desse modo, de acordo com o referido entendimento sumular, bem como a Lei de nº 12.984/2014, podemos indagar a seguinte questão: Se presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de qualquer outra doença grave que suscite preconceito, seria possível considerar a não admissão em razão da doença que cause preconceito?

Além do mais, diversas matérias relataram e expuseram o preconceito e estigmatização social sofridos pelas pessoas que testaram positivo para o COVID-19, vírus que ainda segue sem cura, e, pensando sobre o assunto, a organização lançou, em março, um guia contra o estigma social (leia Para saber mais). Nele, a Organização Mundial da Saúde pontua que o nível de estigmatização social associado à nova doença é baseado em três fatores principais: a COVID-19 é uma enfermidade nova e, em grande parte, desconhecida; frequentemente, a sociedade tem medo do desconhecido; e é fácil associar o medo com o outro; É compreensível que haja confusão, ansiedade e medo entre o público em geral. Infelizmente, esses fatores também estão alimentando estereótipos prejudiciais [...].

Observamos, portanto, de forma cristalina, que o preconceito gerado contra aqueles que já testaram positivo para o COVID-19 se

equipara ao preconceito enfrentado pelos portadores das demais doenças, abarcando ainda o preconceito enfrentado pelas mulheres grávidas, bem como os portadores de HIV e o preconceito marcante quanto a raça, cor, etnia, etc.

Ante exposto, após análise do viés que considera a conduta de exigência do teste de exame do COVID-19 como sendo discriminatória, temos a existência de uma segunda vertente a qual apoia a exigência do referido teste, tanto no ato da contratação do trabalhador quanto durante a vigência do contrato de trabalho, considerando a ideia de proteção coletiva quanto aos demais trabalhadores (terceiros), principalmente aqueles que se encontram em zona de risco, ou seja, o grupo de asmáticos, diabéticos, cardíacos, idosos, etc.

Segundo o posicionamento de Maranhão (2017):

É restrito o pensamento de crer que o meio ambiente de trabalho é somente o preciso local da prestação de serviços, devendo ser observada a natureza tríplice na composição dos fatores de risco, qual seja, condições de trabalho, organização e relações interpessoais. Ademais, é dever da empresa a redução de riscos inerentes ao trabalho, conforme preceitua o artigo 7º, inciso XXII, da CF/88.

Não obstante, a corrente que defende a legalidade quanto a solicitação do empregador em requisitar o teste do exame de COVID-19 ao seu funcionário, alega pretensão em proteger não somente o bem-estar de terceiros, mas também a saúde do próprio trabalhador que é sujeitado a realizar referido exame, sendo, portanto, tal conduta vista como uma forma de garantir a segurança e proteção social como um todo.

Com base no que dispõe a Lei nº 13.709/2018, aprovada em agosto de 2018 e com vigência a partir de agosto de 2020, destaca-se

que a testagem para COVID-19 pelos empregadores pode ser respaldada em três bases legais da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD): o consentimento do titular, o cumprimento de obrigação legal ou regulatória ou, ainda, para a proteção da vida de terceiro, no caso os terceiros seriam as demais pessoas que venham a conviver com o empregado atestado (ESTADÃO, 2020).

Ressalta-se quanto aos casos em que há interesse em proteger a vida de terceiros, que tal conduta caracteriza-se como sendo da parte empregadora uma discriminação legítima, ou seja, nas quais os mesmos critérios são utilizados para distinções justificáveis, tais como situações em que o exercício de determinada atividade apresenta notoriamente restrições a pessoas com características específicas, situações estas entretanto, excepcionais, como por exemplo, a exigência do teste de exame de COVID-19 para uma pessoa que irá desempenhar função de cuidadora de idosos.

Diante do exposto, a resposta da indagação deverá ser analisada no caso concreto, bem como caberá aos operadores de direito a defesa do direito e dos princípios ambivalentes, principalmente ao Poder Judiciário.

De acordo com a Carta Magna de 1988, temos em seus dispositivos inúmeros princípios fundamentais e normas os quais norteiam todo o ordenamento jurídico e visam garantir e proteger os direitos da sociedade como um todo, entretanto, diante da aplicabilidade destes princípios, há momentos em que podem ocorrer a mencionada colisão, consistente no “choque” entre dois princípios que se limitam.

No que diz respeito a colisão de princípios fundamentais, Farias argumenta que:

A colisão dos direitos fundamentais pode suceder de suas maneiras: (1) o exercício de um direito fundamental colide com o exercício de outro direito

fundamental (colisão entre próprios direitos fundamentais); (2) o exercício de um direito fundamental colide com necessidade de preservação de um bem coletivo ou do Estado protegido constitucionalmente (colisão entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais). (FARIAS, 2008)

Ainda, em relação a colisão de princípios do presente artigo, temos que Robert Alexy (2017) explica que, colisão de direitos fundamentais em sentido estrito acontece, quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais possui decorrências negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais; e colisão de direitos fundamentais em sentido amplo incide, quando existe uma colisão de direitos individuais fundamentais e bens coletivos tutelados pela Carta Maior.

Diante dos posicionamentos distintos apresentados em presente artigo, no que se refere à legalidade da parte empregadora em exigir do funcionário o teste para exame de COVID-19, nos deparamos com evidente colisão de princípios vez que, conforme exposto, a primeira corrente diante dos dispositivos expressos em Lei considera que tal conduta é acobertada por atos discriminatórios, considerando violação a dignidade da pessoa humana, a imagem e intimidade do trabalhador, bem como a sua honra. Ademais, quanto a primeira corrente, prevalece o entendimento que, sendo possível a exigência do exame do COVID-19 por parte do empregador, que tal possibilidade se estenderia a de exigência de exames das demais doenças.

Cumpramos ressaltar também, diante da primeira corrente, que caso seja possível a exigência de exame para trabalhador que já tenha contraído o vírus do COVID-19, sendo este “imunizado”, que referida

conduta caracteriza-se como sendo discriminatória com aqueles que ainda não contraíram o referido vírus, gerando uma espécie de “corrida contra o tempo” para adquirir o vírus e, portanto, ter a oportunidade de ser inserido no mercado de trabalho.

Desse modo, perante a apresentação de colisão existente entre os princípios fundamentais mencionados no decorrer do artigo, é de suma, difícil de ser solucionada vez que, tais direitos encontram-se em mesmo patamar hierárquico e possuem proteção equiparada, devendo em casos como esse ser observado o princípio da proporcionalidade.

Não obstante, para que o princípio da proporcionalidade seja devidamente aplicado é necessário perceber a proporção entre os direitos fundamentais em conflito, observando-se qual dele possui maior eficácia de acordo cada caso. Assim, apesar de possuírem a mesma hierarquia, o princípio da proporcionalidade pode ser aplicado como um instrumento de interpretação constitucional.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, analisando as duas vertentes com vieses distintos sobre a legalidade do empregador em requisitar do empregado a realização do teste de exame do COVID-19, temos uma contraposição dos direitos individuais para com os direitos coletivos e, quanto ao assunto do presente artigo, devemos observar que ambos os direitos possuem proteção, ocorrendo, portanto, a colisão de conflitos mencionada, a qual terá que ser analisada o caso concreto presente.

Ademais, conclui-se que a preferência de um empregador quanto a um empregado em detrimento de outro, em virtude de oportunidade de contaminação ou imunização do vírus do COVID-19, resultando em redução de igualdade por oportunidade de emprego,

caracteriza-se evidentemente conduta discriminatória, entretanto, devido à crise sanitária existente em decorrência da pandemia podem ocorrer casos excepcionais, onde é possível justificativa para a predileção, em razão da existência de outro direito tutelado, conforme o exemplo mencionado quanto a vaga de emprego de cuidador de idosos.

Desse modo, para resolução dos conflitos deverá ser feita uma extensa análise sobre o que dispõe o princípio da proporcionalidade, analisando com a devida cautela os subprincípios que o compõe, ou seja, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, tudo isso para que se obtenha resultado idôneo e apto para o caso concreto analisado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria Dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 ago. 2020.

BRASIL. Convenção da Organização Internacional do Trabalho nº 111 OIT – Anexo XXVIII. **Diário Oficial da União**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm> Acesso em: 29 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 443. Disponível em:

http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-443. Acesso em: 28 ago. 2020

BRASIL. Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 abr. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19029.htm>. Acesso em: 28 ago. 2020

BRASIL. Lei nº 12.984/2014, de 2 de junho de 2014. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2 de jun. 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12984.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2012.984%2C%20DE%20,HIV\)%20e%20doentes%20de%20aids](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12984.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2012.984%2C%20DE%20,HIV)%20e%20doentes%20de%20aids)>. Acesso em: 29 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.709/2018, de 14 de agosto de 2018. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 ago. 2018. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em 29 ago. 2020.

CORREIA, Henrique. **Direito do Trabalho**. 5. Ed. Bahia: Juspodivm, 2019.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos**. 2ª ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61151/colisao-de-principiosfundamentais#:~:text=A%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal%20de%201988,entrem%20em%20rota%20de%20colis%C3%A3o>>. Acesso em 28 ago. 2020.

FERNANDES, Ana Carolina. **A colisão de direitos fundamentais e a aplicação do princípio da proporcionalidade para a solução de conflitos**. Disponível em: <<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-colisao->

[direitos-fundamentais-aplicacao-principio-proporcionalidade-para-solucao-conflitos.htm#indice_16](#)>. Acesso em 28 ago. 2020

Granadeiro Guimarães Advogados. Trabalhador não pode sofrer nenhum tipo de discriminação no ambiente de trabalho. Disponível em:

<<http://www.granadeiro.adv.br/destaque/2016/08/23/trabalhador-nao-pode-sofrer-nenhum-tipo-de-discriminacao-no-ambiente-de-trabalho>>. Acesso em 28 ago. 2020.

FIDELIS, Aline; Manzueto, Cristiane; Leal, Rodrigo. **Testagem de empregados no contexto da covid-19**. O Estado de São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/testagem-de-empregados-no-contexto-da-covid-19-e-a-lgpd/>>. Acesso 28.08.2020.

MARANHÃO, Ney. **Poluição labor-ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MG1 – BELO HORIZON. Família com Covid-19 oferece emprego de babá com um requisito que a pessoa já tenha sido contaminada. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2020/07/07/familia-com-covid-19-oferece-emprego-de-baba-com-um-requisito-que-a-pessoa-ja-tenha-sido-contaminada-entenda.ghtml>>. Acesso em 30 ago. 2020.

PINHEIRO, Roberta. Além da doença, infectados pelo coronavírus tentam combater a doença. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2020/06/28/interna_cidadesdf,867474/alem-da-doenca-infectados-pelo-coronavirus-precisam-combater-preconce.shtml>. Acesso em 28 ago. 2020.

HORAS *IN ITINERE*: OS REFLEXOS DA LEI 13.467/2017 NO CAMPO

HOURS *IN ITINERE*: THE INFLUENCES OF LAW 13.467/2017 IN THE RURAL FIELD

*Kelly Carolina Galvão*³¹⁰
*Jair Aparecido Cardoso*³¹¹

RESUMO

A Lei 13.467/2017 provocou grandes alterações nos direitos trabalhistas, repercutindo, inclusive, no conceito de jornada de trabalho, uma vez que modificou a redação do § 2º do art. 58 da CLT, que passou a desconsiderar como tempo à disposição o lapso temporal em que o trabalhador despende entre sua residência-trabalho e vice-versa, representando verdadeira supressão a direitos adquiridos pelos trabalhadores, além de afrontar integralmente princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana e da vedação ao retrocesso social, principalmente no que tange ao trabalho realizado no âmbito rural. O instituto das horas *in itinere* é de grande relevância para os trabalhadores rurais, pois estes, geralmente, laboram em locais de trabalho distantes de perímetros urbanos, onde há deficiência de políticas públicas para fornecimento de transporte efetivo e regular, tornando o ambiente de prestação de serviços de difícil acesso. Dessa forma, considerando que a Constituição Federal

³¹⁰ Pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade de São Paulo, Campus Ribeirão Preto. E-mail: kellycarol_galvao@hotmail.com

³¹¹ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP-USP). Coordenador de do grupo de pesquisa "Transformação do Direito do Trabalho na sociedade pós-moderna e seus reflexos no mundo do trabalho (GEDTRAB FDRP/USP). E-mail: jaircardoso@usp.br.

de 1988 abordou em seu art.7º um patamar mínimo de garantias trabalhistas, estabelecendo em seu caput a isonomia entre trabalhadores urbanos e rurais, o presente artigo tem por finalidade analisar se as horas *in itinere* foram suprimidas do ordenamento jurídico brasileiro após a entrada em vigor da Lei 13.467/2017, especialmente no que diz respeito a prestação de serviços no campo, haja vista que os trabalhadores rurais possuem regramento próprio em razão da categoria profissional especial que representam. Dessa forma, mediante a aplicação da metodologia dedutiva por meio de pesquisa bibliográfica, a partir de consultas em leis, obras publicadas, artigos, dissertações, doutrina e análise jurisprudencial, busca-se, como finalidade, demonstrar que o direito à percepção de horas *in itinere* permanece no ordenamento jurídico brasileiro, pelo menos no que tange o trabalhador rural, restando vívido o precedente jurisprudencial contido na Súmula 90 do TST, mesmo após a entrada em vigor da denominada Reforma Trabalhista.

Palavras-chave: Horas *in itinere*. Reforma Trabalhista. Trabalho rural. Supressão de direitos

ABSTRACT

The Law 13.467/2017 caused major changes in labor rights, including the concept of workings day because the new legislation changed the wording from paragraph 2, article 58 of CTL, which now disregards as time available to the employer the period that the worker spends from the residence to the workplace and vice-versa, representing a true suppression towards the rights acquired by the workers, apart from confronting fully constitutional principles, such as the dignity of the human person and non-regression aims, especially with regarding to the work in rural districts. The institute of hours *in itinere* is very significant for rural workers because these people usually work in workplaces far from urban perimeters, where there is a deficiency in public policies for the provision of effective and regular public transport, making the service provision environment difficult to be

accessed. Thus taking into account the Federal Constitution of 1988 addressed in its article 7, interpreted as a minimum level of labor guarantees, the equality between urban and rural workers, the present article aims to analyze whether the hours *in itinere* were removed from Brazilian legal order, especially with regarding to the provision of services in the field, since that rural workers have their own rules due to the special professional category they represent. Therefore through the application of the deductive methodology in bibliographic research, from consultations on laws, published works, articles, dissertations, doctrine and jurisprudential analysis, the objective is to demonstrate that the right of perception of hours *in itinere*, at least, as far as the rural worker is concerned, leaving the precedent jurisprudential contained in Precedent 90 of the TST, even after the entry into force of Law 13.467/2017.

Keywords: Hours *in itinere*. Employment reform. Rural work. Suppression of rights

INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei 13.467/2017, popularmente conhecida como Reforma Trabalhista, várias alterações ocorreram nos direitos socialmente construídos pelos trabalhadores desde a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) em 1943, sendo que dentre essas mudanças legislativas está a nova disposição sobre o que corresponde a expressão tempo à disposição, considerada como um dos componentes da jornada de trabalho, haja vista a modificação na redação do § 2º do art. 58, da CLT, que dispunha sobre as horas *in itinere*, termo em latim que diz respeito ao lapso temporal despendido na estrada, ou seja, itinerário.

Ressalta-se que anteriormente a Reforma Trabalhista, haviam sido consolidados vários precedentes jurisprudenciais que tratavam sobre as horas de trajeto, os quais estão dispostos na Súmula 90,

resultando, posteriormente, as Súmulas 320, 324 e 325 e OJ 98 da SDI-I, que culminaram na redação do dispositivo celetista anterior a alteração legislativa realizada pela Lei 13.467/2017.

Nota-se, portanto, que diante do contexto histórico, social e econômico do Brasil, o problema relacionado a falta de políticas públicas para o fornecimento de transporte público regular e efetivo a população, representou grande relevância para a consolidação do entendimento jurisprudencial no sentido de que, caso o local de prestação de serviços seja de difícil acesso e não servido por transporte público, é obrigação do empregador propiciar o fornecimento de alguma forma de locomoção aos seus empregados, estando estes subordinados a relação empregatícia desde a entrada no veículo patronal.

Ou seja, as horas *in itinere* serviram para solucionar o problema do longo tempo despendido pelos trabalhadores durante o deslocamento entre residência-trabalho e vice-versa para a prestação de serviços, cujos locais de trabalho, por muitas vezes, estão localizados a longas distancias do perímetro urbano e, por isso, não servidos por transporte público eficiente em razão da falência de políticas públicas de transporte pelo Estado.

Evidente que as horas *in itinere* abrange todos os trabalhadores, porém há maior relevância para os contratos de trabalho rurais, pois é de notório conhecimento que o trabalhador rural presta serviços em locais de trabalho muito distantes do perímetro urbano, onde, obviamente, não é oferecido transporte público regular e disponível aos trabalhadores, o que torna o fornecimento de transporte pelos empregadores aos seus empregados prática inerente ao contrato de trabalho, apresentando fundamental importância para a efetivação da prestação de serviços, além de estar compreendido no risco da atividade.

Contudo, com subterfugio de melhoria da economia, da condição social dos trabalhadores e da criação de novos empregos, as horas *in itinere* foram retiradas da definição de tempo à disposição pela Reforma Trabalhista, não estando mais inseridas dentro da jornada de trabalho, consoante dispõe a nova redação do § 2º do art. 58, da CLT.

Ocorre que muito embora o regramento ruralista, consubstanciado na Lei 5.889/73 e no Decreto nº 73.626/74, não trazer previsão expressa a respeito das horas *in itinere*, o seu reconhecimento, principalmente no meio rural, fora produto da criação doutrinária e jurisprudencial, em decorrência da constatação de que nesta atividade a aplicação do instituto era imprescindível para a efetivação da prestação de serviços, o que justificaria o entendimento pela não aplicação do art. 58 da CLT aos rurícolas.

Entretanto, mesmo apresentando grande relevância social, além de ser inerente ao tipo de atividade empresarial, as horas *in itinere* foram, supostamente, aniquiladas pelo legislador em razão da entrada em vigor da Lei 13.467/2017.

Assim, tendo em vista o importante papel social que o trabalhador representa, o presente trabalho tem por problema analisar as alterações legislativas trazidas pela Lei 13.467/2017, mais especificamente no que diz respeito a supressão das horas *in itinere*, buscando evidenciar seus reflexos nos contratos de trabalho, em especial, nos contratos rurais.

Destarte, a metodologia que sustentará o presente artigo científico será a pesquisa bibliográfica, pelo método dedutivo, com pesquisa a leis, obras publicadas, artigos, dissertações, ementários disponíveis, além de análise jurisprudencial.

Considerando todo o exposto, a hipótese a ser demonstrada consistirá na discussão, sob a luz dos princípios constitucionais, a

respeito da supressão das horas *in itinere* do ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no meio rural, após a entrada em vigor da Lei 13.467/2017. Sendo que, para tanto, será realizada uma análise comparativa entre a Lei 5.889/73, o Decreto nº 73.626/74 e a nova redação dada ao § 2º do art. 58, da CLT pela Lei 13.467/2017.

1 DA JORNADA DE TRABALHO

São inegáveis as várias transformações no mundo do trabalho ocorridas nos últimos tempos, as quais trouxeram grandes barreiras a serem ultrapassadas diante do objetivo estabelecido pela busca de pleno emprego, conforme disposto na Constituição Federal de 1988.

Assim é o que pode ser observado pela alteração legislativa trazida pela Lei 13.467/2017, a qual modificou vários direitos dos trabalhadores, acarretando, possivelmente, na precarização das relações de trabalho e grave retrocesso social, haja vista a possibilidade de terceirização geral e irrestrita, possibilidade de celebração de contratos de trabalho intermitente, teletrabalho, prevalência do negociado sobre o legislado, supressão de direitos, como ocorrido com as horas *in itinere*, afastando-se do ideal de justiça social e melhoria da condição social.

Ressalta-se que Antunes (2005) expõe que mesmo diante das mutações sofridas na estrutura do trabalho, este ainda permanece como instrumento central para o desenvolvimento econômico, social e humanístico. Nas palavras de Antunes (2005, p 27) “[...] concebemos a forma contemporânea do trabalho como expressão do trabalho social, que é mais complexificado nos seus ritmos e processos, não podemos com as teses que desconsideram a interação entre trabalho vivo e trabalho morto [...]”; acrescenta também: “[...] em verdade, o sistema de metabolismo social do capital necessita cada

vez menos de trabalho estável e cada vez mais de trabalho parcial – part-time –, terceirizado, precarizado [...]”.

Vê-se, portanto que o desenvolvimento do capitalismo a todo custo, na verdade apresenta um preço, muitas vezes, quase impagável, haja vista que a precarização acarreta deterioração das condições de trabalho e das vidas de trabalhadores. Nesse sentido é o entendimento de Karl Marx contido nos Manuscritos Econômico-Filosóficos (1844, p 79 e 85), texto anterior à Ideologia Alemã, onde declara que

“[...] quanto mais o trabalhador produz, menos tem para consumir; que quanto mais valores cria, mais sem valor e indigno ele se torna; quanto mais bem formado o seu produto, tanto mais deformado ele fica; quanto mais civilizado seu objeto, mais bárbaro o trabalhador; que quanto mais poderoso o trabalho, mais impotente o trabalhador se torna; quanto mais rico de espírito o trabalho, mais pobre de espírito e servo da natureza se torna o trabalhador”.

Dessa forma, é possível afirmar que a atual e crescente flexibilização das leis trabalhistas corrobora para o que KUENZER (2007, p. 6) define como sendo “[...] o consumo cada vez mais predatório e desumano da força de trabalho”.

E com o subterfúgio de criação de novos empregos e alavanco da economia, a flexibilização realizada pelo legislador com a Lei 13.467/2017 atingiu um dos pilares centrais das “lutas trabalhistas que conduziram à construção e desenvolvimento do ramo juslaboral especializado do direito” (Delgado), qual seja, a jornada de trabalho.

É sabido que a extensa jornada de trabalho pode ser causa de problemas de saúde aos trabalhadores. Nesse sentido é o que diz Delgado (2019, p 1026) quando declara:

“Efetivamente, os avanços dos estudos e pesquisas sobre a saúde e segurança laborais têm ensinado que a extensão do contato do indivíduo com certas atividades ou ambientes é elemento decisivo à configuração do

potencial efeito insalubre de tais ambientes ou atividades. Essas reflexões têm levado à noção de que a redução da jornada e da duração semanal do trabalho em certas atividades ou ambientes constitui medida profilática importante no contexto da moderna medicina laboral. Noutras palavras, as normas jurídicas concernentes à duração do trabalho já não são mais — necessariamente — normas estritamente econômicas, uma vez que podem alcançar, em certos casos, a função determinante de normas de saúde e segurança laborais, assumindo, portanto, o caráter de normas de saúde pública.”

Foi partindo dessa premissa que a Constituição Federal de 1988 arrolou em seu art. 7º vários direitos destinados aos trabalhadores, demonstrando a preocupação do Estado para com a saúde, higiene e segurança dos trabalhadores, tais como os art. 7º, XXII, que declara ser direito dos trabalhadores a redução dos riscos do trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança; o art. 196, que preleciona ser "direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos..."; dentre tantos outros.

Por isso que a quantidade de horas de trabalho diariamente realizadas pode ter muita relevância no desenvolvimento econômico, social e humanístico saudável da população laboral.

Doutrinariamente, a jornada de trabalho seria formada levando em consideração três critérios, quais sejam: tempo efetivamente trabalhado, tempo à disposição e o lapso temporal dispendido entre a casa e trabalho e vice-versa, denominado de tempo de deslocamento.

O primeiro critério seria aquele definido como sendo somente o período de labor efetivamente prestado pelo trabalhador em benefício do empregador, estando excetuado o tempo à disposição.

Contudo, no ordenamento jurídico brasileiro, o tempo em que o trabalhador se mantém a disposição do seu empregador também deve ser considerado como componente da jornada de trabalho, o que se denomina como sendo tempo à disposição, nos quais o empregado não presta serviços efetivamente, porém permanece atento a eventual cumprimento de ordens do empregador, consoante estabelece o art. 4º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Ocorre que com a alteração legislativa trazida pela Lei 13.467/2017 nota-se que o legislador aparenta realizar uma diminuição na abrangência do que se acreditava antes estar incluso no conceito de jornada de trabalho, como é o caso da nova redação do § 2º do art. 4º, da CLT e dos §§ 2º e 3º do art. 58, da Consolidação, nos quais apresentam uma modificação do que se considerava um alargamento do conceito de tempo à disposição.

Referida modificação no conceito de jornada de trabalho pelo legislador, diante da supressão das horas *in itinere*, demonstra seu possível interesse pela redução do valor do trabalho (aumento da jornada de trabalho) em contrapartida da elevação do capital pelo empresariado brasileiro (pagamento, somente, das horas efetivas de prestação de serviços) (Delgado, 2019, p. 1031), pondo em questão sua validade e constitucionalidade pela afronta a princípios basilares da ordem trabalhista e social, principalmente no que tange o âmbito rural.

2 DO TEMPO DE DESLOCAMENTO COMO TEMPO A DISPOSIÇÃO

O alargamento do conceito de tempo à disposição, para que se fosse considerado como integrante da jornada de trabalho o lapso temporal compreendido pelo deslocamento casa-trabalho e vice-versa

pelo trabalhador, também conhecido como tempo *in itinere*, foi uma construção jurisprudencial consubstanciada originalmente pelo TST pela Súmula 90, a qual serviu como precedente, posteriormente, para a elaboração das Súmulas 320, 324 e 325 da Corte e para a redação dada ao o § 2º do artigo 58 da CLT celetista pela Lei nº 10.243, de 19/06/2001.

Nota-se que a redação dada ao § 2º do artigo 58 da CLT celetista pela Lei nº 10.243, de 19/06/2001 considerou como integrante da jornada de trabalho o período que o obreiro despende no deslocamento ida-e-volta para local de trabalho considerado de difícil acesso ou não servido por transporte regular público, desde que transportado por condução fornecida pelo empregador (Sum. 90, I, TST; art. 58, § 2º, CLT).

De acordo com o disposto no entendimento jurisprudencial firmado pelo TST pela redação dada ao § 2º do artigo 58 anteriormente a entrada em vigor da Lei 13.467/2017, dois são os requisitos para a existência do denominado tempo *in itinere*, quais sejam: que o trabalhador seja transportado por condução fornecida pelo empregador e que o local de trabalho seja considerado como de difícil acesso ou não servido por transporte regular público.

Desse modo, levando em conta o dispositivo em questão, muito embora na redação da Lei 13.467/2017 o legislador ter indicado que o tempo de deslocamento entre casa-trabalho e vice-versa não mais comporia a jornada de trabalho, ainda assim o tempo de deslocamento permanece como sendo um alargamento do denominado tempo à disposição.

Referido entendimento fica claro quando se analisa § 2º do artigo 58 conjuntamente ao art. 294, que dispõe que — “O tempo despendido pelo empregado da boca da mina ao local do trabalho e

vice-versa será computado para o efeito de pagamento do salário” (BRASIL, 2020).

Com efeito, novamente a legislação trabalhista apresenta o tempo de deslocamento como sendo um alargamento do conceito de tempo à disposição, o qual é visto como componente da jornada de trabalho, pois

[...] esse tempo é improdutivo, de ponto de vista do empregador, mas se insere dentro do conceito de riscos da atividade econômica, ou, vista a questão por outro ângulo, o não trabalho vale tanto quanto o trabalho, neste particular, porque sem o deslocamento até os lugares, cada vez mais profundos, nem ao menos haveria a extração mineral, por óbvio (SILVA, 2017, p. 36).

Do mesmo modo, DELGADO (2017, p. 122) também sustenta que

“a eliminação das horas *in itinere* do ordenamento jurídico não afeta, entretanto, o conceito de tempo à disposição no ambiente de trabalho do empregador e, por consequência, de duração do trabalho. Embora a má redação do novo texto do § 2º do art. 58 da CLT eventualmente induza à compreensão de que a jornada de trabalho somente se inicia no instante em que o trabalhador concretiza a efetiva ocupação do posto de trabalho dentro do estabelecimento empresarial, tal interpretação gramatical e literal conduziria ao absurdo - não podendo, desse modo, prevalecer”

Destarte, observa-se que durante todo o lapso temporal em que o trabalhador empregado se encontra em deslocamento em transporte fornecido pelo empregador, denominada de horas *in itinere*, este deve assumir os riscos da atividade econômica, conforme pressupõe o princípio da alteridade, o qual surge “independentemente do ajuste tácito ou expresso fixado pelas partes contratuais a respeito

dos riscos do empreendimento ou do trabalho efetivado” Delgado, (2019, p. 620).

Nas palavras de Sasso (2015, p. 86) “o enquadramento como jornada de trabalho do tempo despendido pelo trabalhador para alcançar o local de trabalho com difícil acesso, nada mais é do que a extensão do controle patronal”, ou seja, entende-se que o trabalhador não tem a obrigação de assumir com o pagamento do tempo gasto com o seu deslocamento da sua residência até o local de trabalho e vice-versa, quando o local for de difícil acesso ou não servido por transporte público, uma vez que tal circunstancia decorre unicamente da vontade do empregador, estando o empregado subordinado as normas de conduta estabelecidas pelo seu patrão durante todo o período de deslocamento.

Portanto, o entendimento formado pela jurisprudência brasileira sobre as horas *in itinere* vai além do conceito de tempo à disposição, acrescentando outros requisitos para a sua caracterização, haja vista que, diante do princípio da alteridade, o risco da atividade econômica do empregador, de alguma maneira, obrigada os trabalhadores, principalmente os rurais, a se deslocarem por longas distâncias, em local de difícil acesso e não servido por transporte público efetivo.

3 DAS IMPLICAÇÕES DA LEI 13.467/2017 NO CAMPO

Nota-se que as alterações trazidas pela Lei 13.467/2017 apresentaram grande impacto na vida de milhares de trabalhadores brasileiros, principalmente aqueles que laboram em áreas rurais.

Contudo, conforme disposto anteriormente, acredita-se fielmente que, no que tange as horas *in itinere*, a nova redação do § 2º do art. 58 em nada atingiu a categoria de trabalhadores rurais.

Conforme pode ser depreendido após uma breve análise, como uma conquista social, CLT abrangeu em seu Capítulo I, Título III algumas categorias profissionais como sendo “Normas Especiais de Tutela do Trabalho”, colacionando em seu rol, por exemplo, os professores, bancários entre outros. No entanto, indiscutível que há outras categorias profissionais de natureza especial não contidas nesse rol, tais como aquelas trazidas em legislação extravagante, como é o caso do trabalho rural.

Como é a sabido, o trabalho rural foi regulamentado pela Lei nº 5.889, de 8 de junho de 1973, regulamentada pelo Decreto nº 73.626, de 12 de fevereiro de 1974, sendo que o art. 1º, parágrafo único da Lei nº 5.889/73 estabeleceu a aplicação da CLT de modo subsidiário, devendo ser aplicada somente no que não se chocar com a norma específica e outras normatizações, devendo ser observadas, dentre outras coisas, as peculiaridades do trabalho no campo.

Já em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, houve a concessão de isonomia de direitos entre os trabalhadores urbanos e rurais, uma vez que o caput do art. 7º veio estabelecer que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais” (Brasil, 2019).

Considerando a existência de leis específicas aplicadas ao rurais, é possível concluir que estes representam uma categoria especial, formando o que se denomina de categoria profissional diferenciada, tal como encontra-se definido no art. 511, § 3º da CLT, uma vez que os trabalhadores rurais exercem função diferenciadas em consequência de condições de vida singulares e por força do estatuto profissional especial.

Assim, após realizar uma análise da legislação especificamente aplicada aos rurais, é possível notar que o art. 4º do decreto nº 73.626/1974, que regulamentou a lei do trabalho rural, nada mencionou em seu rol taxativo a aplicação do art. 58, mas

incluiu o art. 4º, ambos da CLT, nos dispositivos também aplicados aos trabalhadores rurais.

Com efeito, considerando que o componente da jornada de trabalho denominado de tempo à disposição, conforme o descrito no art. 4º da CLT, é de aplicação isonômica aos trabalhadores rurais e urbanos, logo todo o lapso temporal em que o empregado rural estiver à disposição do seu empregador, aguardando ou executando ordens, deverá ser considerado como prestação de trabalho efetivo. (BRASIL, 2019).

Ademais, a legislação especial do trabalho rural, para não causar dúvidas, abordou claramente os períodos em que não se deve considerar efetiva prestação de serviços, os quais estariam excluídos da jornada de trabalho, quais sejam, os intervalos entre uma e outra parte da execução de uma tarefa diária, quando os serviços forem intermitentes, consoante disposto no art. 6º da Lei 5.889/73 (BRASIL, 2019).

Diante disso, incontroverso que não se pode considerar as horas *in itinere* como se intervalos fossem, haja vista que o tempo despendido pelo deslocamento entre a residência obreira até seu posto de trabalho e vice-versa, principalmente quando o local de prestação de serviços for de difícil acesso ou não servido por transporte público regular e efetivo, não se trata de tempo improdutivo de trabalho, principalmente porque o risco da atividade econômica é do empregador, conforme preleciona o art. 2º, caput da CLT, tornando-se razoável que a empresa arque com a despesa pelo deslocamento de seus empregados para que haja a efetivação da prestação de serviço nos locais determinados tão somente pelo empregador.

Muito embora tenha restado nítida a intenção do legislador em tentar suprimir o instituto das horas *in itinere* do ordenamento jurídico brasileiro, não incluiu na nova redação do § 2º do art. 58, da CLT que

o período compreendido pelo deslocamento na ida e vinda do trabalho, mesmo quando o local fosse de difícil acesso ou não servido por transporte público regular, também estaria excluído do computo da jornada de trabalho.

O que leva a entender que, indiscutivelmente, nesses casos, o deslocamento entre casa-trabalho e vice-versa ocorre para atender interesse exclusivamente do empregador e, por isso, os empregados destes estariam a disposição durante o tempo despendido no trajeto, não tendo a Reforma Trabalhista suprimido geral e irrestritamente o instituto das horas *in itinere*, permanecendo aplicável, ainda, a Súmula 90 do TST (SOUZA JÚNIOR et al., 2018, p 51).

Referido entendimento, conforme anterior e brevemente elucidado, é baseado no fato do legislador não ter revogado dispositivos normativos como o disposto no art. 294, referente a categoria dos mineiros, e no art. 238, § 3º, concernente aos ferroviários, ambos da CLT, nos quais encontra-se expressamente disposto que o lapso temporal gasto pelo deslocamento, em condições especiais, permanece sendo um alargamento do conceito de tempo à disposição do empregador.

Nesse sentido restou sinalizado pelos juristas presentes no XIX Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do trabalho – Conamat 2018, quando foram aprovadas 111 teses acerca das alterações trazidas pela Lei 13.467/2017, sendo que dentre elas está a análise das horas de deslocamento, conforme observado pela tese 16 discutida e aprovada na Comissão 2 do 19º Conamat.

16. HORAS DE TRAJETO: HIPÓTESES DE CÔMPUTO NA JORNADA APÓS A LEI 13.467/2017 1. A estrutura normativa matriz do art. 4º da CLT contempla a lógica do tempo à disposição, não eliminada a condição de cômputo quando se verificar concretamente que o transporte era condição e/ou necessidade irrefutável, e não de escolha própria do

empregado, para possibilitar o trabalho no horário e local designados pelo empregador, mantendo-se o parâmetro desenvolvido pela súmula 90 do TST, caso em que fará jus o trabalhador à contagem, como tempo de trabalho, do tempo de deslocamento gasto em trecho de difícil acesso ou sem transporte público por meio fornecido pelo empregador, na ida ou retorno para o trabalho. Inteligência do artigo 3º, c, da Convenção 155 da OIT. 2. Inaplicabilidade do §2º do art. 58 da Lei 13.467/2017 ao trabalho executado na atividade rural.

Deste modo, entender que a Lei 13.467/2017 suprimiu de forma geral e irrestrita o tempo de deslocamento gasto entre residência-trabalho e vice-versa como integrante do conceito de jornada de trabalho é permitir o desmoronamento dos direitos dos trabalhadores, principalmente dos rurais, o que confronta princípios basilares da Direito do Trabalho, quais sejam, o da proteção, da dignidade da pessoa humana e da vedação ao retrocesso social, acarretando na precarização do trabalho.

4 DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

Alisando brevemente as alterações trazidas pela famigerada Reforma Trabalhista, torna-se visível a ofensa direta a princípios basilares do Direito do Trabalho, pois assim como tantos outros pontos controversos apresentados pela Lei 13.467/2017, a tentativa do legislador em realizar a supressão do instituto das horas *in itinere* do ordenamento jurídico brasileiro demonstra retrocesso de direitos anteriormente conquistados com muita luta pelo setor laboral.

Inicialmente, cumpre destacar que caso seja considerada concreta a supressão geral e irrestrita do instituto das horas *in itinere* do ordenamento jurídico brasileiro pela leitura da nova redação do

§2º do art. 58 da CLT, o legislador também teria revogado ou alterado as redações dos art. 294 e art. 238, § 3º, ambos da CLT, diante do princípio da isonomia estabelecido pela Carta Magna, contudo não se vislumbra referida conduta na atual texto da CLT.

Dessa forma, é possível suscitar, ao menos, que a Reforma Trabalhista ao trazer que o tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, inclusive, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador (§ 2º do art. 58 da CLT), não mais pode ser considerado como componente integrante da jornada de trabalho, demonstra total afronta, do mesmo modo, ao princípio da proteção do trabalhador e a própria Constituição Federal (CFRB).

A Carta Magna de 1988, em seu texto, considerou como fundamentos da República Federativa do Brasil os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (CFRB, 1º), reconhecendo o modelo capitalista como meio de apoderamento e movimentação de riquezas, baseado na distinção financeira entre os integrantes, de modo evidenciar um sistema visivelmente desigual, mas também demonstrando preocupação no sentido de assegurar a todos um trabalho digno e pleno, estabelecendo um patamar mínimo de direitos (Godinho, 2019, p 113), haja vista que a ordem econômica é considerada base para o alcance da justiça social, concretizando-se mediante a persecução do pleno emprego, consoante disposto no art. 170 da CFRB.

Com efeito, a busca pela justiça social, evidencia a preocupação do Constituinte Originário com o enaltecimento da dignidade da pessoa humana do trabalhador, resultando na elaboração de um dos primeiros dispositivos da Carta Magna, o art. 7º, no qual restou consagrado o patamar mínimo civilizatório do mundo do

trabalho aqueles considerados hipossuficientes, “além de outros que visem à melhoria de sua condição social” (caput, in fine, art. 7º CFRB).

Deste modo, diante do caráter progressista trazido pela Constituição Federal, é possível observar que a busca incansável pela melhoria da condição do trabalhador é um dos objetivos da sociedade como um todo, restando proibido, por isso, que as alterações legislativas apresentem normas com natureza inferior àquelas, outrora, já concretizadas, tendo em vista a necessidade de proteção aos direitos sociais mínimos, além daqueles constitucionalmente garantidos.

Há, portanto, no ordenamento brasileiro a supremacia do princípio do não retrocesso social de direitos anteriormente conquistados, a fim de se resguardar garantias mínimas constitucionalmente postas, como a segurança jurídica, a dignidade da pessoa humana, além da efetivação integral de todos os direitos constitucionais, de modo a impedir que o Estado não retroceda em seus entendimentos, posteriormente a implantação de uma garantia fundamental, sem que haja uma contraprestação a altura. (Melo, 2010, p 65).

O princípio do não retrocesso social relaciona-se perfeitamente com o conceito de “constitucionalismo dirigente” abordado por Canotilho (2002), ou seja, o legislador deve estar vinculado na busca da realização do Estado de Justiça Social, restando vinculado ao texto constitucional e suas normas pragmáticas, de modo que sejam respeitados os direitos fundamentais já consolidados, não havendo qualquer justificativa para o afastamento da sua contínua efetivação.

Ou seja, para Canotilho (2002) crises econômicas, recessões e as transformações no mundo do trabalho não podem servir como

subterfúgio para exterminar direitos adquiridos diante da sua natureza irreversível.

Nesse sentido Canotilho (2002, p. 336-337) dissertou que

Os direitos sociais e econômicos (direitos dos trabalhadores, à assistência, à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. A proibição do retrocesso social nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fática), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos.

[...] O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas [...] deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial (2002, p. 336-337).

Diante do exposto, resta claro que a Lei 13.467/2017 vai contrariar o ideal de progresso social, colidindo com preceitos estabelecidos constitucionalmente, os quais objetivam aprimorar as condições sociais do trabalhador, mais especificamente da categoria rural.

A intenção do legislador de tentar suprimir o pagamento das horas *in itinere* em qualquer circunstância, inclusive para os trabalhadores rurais, demonstra a inconstitucionalidade do dispositivo infraconstitucional em comento, pois viola frontalmente a dignidade da pessoa humana, uma vez que a Lei 13.467/2017 retrocedeu direito adquirido, beneficiando, exclusivamente, a classe

patronal sem contraprestação proporcional à perda social e econômica do obreiro.

Considerando seu caráter social e fundamental, os direitos laborais devem apresentar uma proteção superior, sendo vedado seu retrocesso mediante realização de normatizações, cujo conteúdo seja esculpido com parâmetros menos favoráveis aos até então existentes ao trabalhador (Barcellos, 2002), visando salvaguardar a dignidade da pessoa humana do trabalhador e a melhoria da sua condição de vida.

CONCLUSÃO

Com a entrada em vigor da Lei 13.467/2017, vários dispositivos normativos contidos na Consolidação das Leis do Trabalho sofreram sensíveis modificações, tendo, inclusive, alterado o conceito de jornada de trabalho, conforme ocorreu com o instituto das horas *in itinere*.

Anteriormente a denominada Reforma Trabalhista, o § 2º do art. 58 da CLT trazia como alargamento do conceito de tempo à disposição o período despendido durante o deslocamento do trabalhador entre residência-trabalho e vice-versa, os quais comporiam a jornada de trabalho.

Contudo, com o subterfúgio de criação de novos empregos, alavanco da economia do país e de promessa de melhoria das condições de vida dos trabalhadores, o legislador realizou a flexibilização do pagamento das horas de trajeto pelos empregadores, alterando a redação do dispositivo celetista em comento.

Com a nova redação da § 2º do art. 58 da CLT, o empregador ficara desobrigado de fornecer transporte regular e eficaz aos seus empregados, tratando de modo igual os desiguais, haja vista que o legislador passou a tratar com isonomia os trabalhadores que possuem

fácil acesso ao trabalho por transporte público regular e aqueles que laboram em locais com deficiência de políticas públicas eficientes, onde o acesso ao local de trabalho é difícil em razão da ausência de transporte público efetivo, como é o caso do trabalho em zona rural.

Portanto, para os trabalhadores rurais, o fornecimento de transporte público pelo empregador é condição *sine qua non* para a efetivação da prestação de serviços, ou seja, inerente ao risco da atividade da empresa, segundo o princípio da alteridade (art. 2º da CLT).

Somado ao fato de ser justo que o empregador deva assumir com as despesas em decorrência do deslocamento de seus empregados, caso exija que a prestação de serviços ocorra em locais inacessíveis, o regramento próprio dessa categoria também demonstra que a famigerada Reforma Trabalhista em nada alterou o dever do empregador em realizar o pagamento das horas *in itinere*, pois art. 4º do Decreto nº 73.626/1974, que regulamentou a CLT, nada mencionou em seu rol taxativo a aplicação do art. 58, mas incluiu o art. 4º, ambos da CLT, nos dispositivos também aplicados aos trabalhadores rurais.

Portanto, ao realizar uma interpretação formal da aplicação das horas *in itinere* no que tange os trabalhadores rurais com base nas disposições legais, é possível concluir que a Súmula 90 do TST, precedente jurisprudencial das horas de trajeto, permanece vívida.

Contudo, caso assim não se entenda, a supressão das horas *in itinere* implicará em regresso de direitos fundamentais e afronta a princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana e da vedação ao retrocesso.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 5.889, de 8 de junho de 1973**. Estatui normas reguladoras do trabalho rural. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 8 jun. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5889.htm>. Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. **Decreto n.º 73.626, de 12 de fevereiro de 1974**. Aprova Regulamento da Lei número 5.889, de 8 de junho de 1973. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 12 fev. 1974. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-73626-12-fevereiro-1974-422164-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. **LEI n.º 13.467, 13 Julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 Jul 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 90.** HORAS "IN ITINERE". TEMPO DE SERVIÇO (incorporadas as Súmulas nºs 324 e 325 e as Orientações Jurisprudenciais nºs 50 e 236 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 320.** HORAS "IN ITINERE". OBRIGATORIEDADE DE CÔMPUTO NA JORNADA DE TRABALHO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 324.** HORAS "IN ITINERE". ENUNCIADO Nº 90. INSUFICIÊNCIA DE TRANSPORTE PÚBLICO (cancelada em decorrência da sua incorporação à nova redação da súmula nº 90) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 325.** HORAS "IN ITINERE". ENUNCIADO Nº 90. REMUNERAÇÃO EM RELAÇÃO A TRECHO NÃO SERVIDO POR TRANSPORTE PÚBLICO (cancelada em decorrência da sua incorporação à nova redação da Súmula nº 90) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

DOMINGUES, Emerson Ferreira. **O futuro das “horas in itinere” para o trabalhador rural.** In: II Seminário de Pesquisa: (Re)pensando o Trabalho Contemporâneo: O trabalho em tempos de crise no Brasil e na América Latina [recurso eletrônico] / II Seminário de Pesquisa: (Re)pensando o Trabalho Contemporâneo, 21-22 de setembro, 2017, Ribeirão Preto, São Paulo, Brasil ; Victor Hugo de Almeida, Maria Hemília Fonseca, Jair Aparecido Cardoso e Elmer

Guillermo Arce Ortiz (Organizadores). – Franca: UNESP- FCHS, 2017

KUENZER, Acacia Zeneida. **Da dualidade assumida à dualidade negada: o discurso da flexibilização justifica a inclusão excludente.** *Revista Educação Sociedade*, Campinas, v. 28, n. 100, Edição Especial, p. 1153-1178, out. 2007. Disponível em: <<http://www.cedes.unicamp.br>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

LIMA, Jéssica Borchartt da Silva de; TONDO, Ana Lara. **Reforma trabalhista e horas in itinere: flexibilização ou retrocesso legal?** *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região*. Belo Horizonte, v. 64, n. 97, p. 269-298, jan./jun. 2018. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/40502>. Acesso em: 10 jan. 2020.

MELO, Geraldo Magela. **A vedação ao retrocesso e o direito do trabalho.** *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região*. Belo Horizonte, v. 52, n. 82, p. 65-74. jul./dez. 2010. Disponível em: <https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_82/geraldo_magela_melo.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2020.

Reforma Trabalhista - **ENUNCIADOS APROVADOS 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017) XIX Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - Conamat (2018)**, disponível em : <https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto_RT_Jornada_19_Conamat_site.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2020.

ANTUNES, Ricardo. ***O caracol e sua concha: ensaios sobre a nova morfologia do trabalho.*** São Paulo: Boitempo, 2005.

ANTUNES, Ricardo L. C. **Os sentidos do Trabalho**: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. 2. ed. 10. reimpr. rev. e ampl. São Paulo: Boitempo, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Eficácia jurídica dos princípios constitucionais, o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7^a ed., 11 reimp. p. 338 e 339.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios constitucionais do trabalho e princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores**. 18. ed.— São Paulo: LTr, 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: Ltr, 2017.

MARX, Karl. **O Capital**: crítica da economia política. Livro II. Apresentação de Jacob Gorender; coordenação e revisão Paul Singer. Tradução de Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. 2 ed. São Paulo: Nova Cultura, 1985.

DELGADO, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo, Boitempo, 2004

SASSO, Rodrigo Inocente. **Breves ponderações acerca das horas in itinere**. Porto Alegre: Direito & Justiça, 2015, p. 86.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017 e da MP nº 808/2017**. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2018.

**HORAS IN ITINERE: UMA VIAGEM PELA
DEFORMA TRABALHISTA COM PASSAGEM NO
TEMPO DE VIDA LIVRE E UM POUSO NO
PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO
SOCIAL**

***HOURS IN ITINERE: A JOURNEY THROUGH THE
WORK DEFORM WITH A PASS IN THE TIME OF
FREE LIFE AND A LANDING IN THE PRINCIPLE
OF THE SEAL OF SOCIAL RETROCESS***

*Camila Mazza da Silva*³¹²
*Simone Tavares de Andrade*³¹³
*Sandra Helena Favaretto*³¹⁴

RESUMO

O objetivo deste artigo é promover, a partir do estudo do advento da

³¹² Advogada. Graduada em Direito pelo Instituto de Ensino Superior COC. Pós-graduada em Direito do Trabalho pela Uniasselvi e em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Membro do GEDTRAB-FDRP/USP. e-mail: camazzasilva@gmail.com

³¹³ Advogada. Graduada em Direito pela UNIUBE. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela UNIDERP. Membro dos grupos de pesquisas: GEDTRAB-FDRP/USP, RxC-USP e GPCeT/UNAERP. e-mail: standradeadv@gmail.com

³¹⁴ Doutoranda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - FDUSP; Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo - FDRP; Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade de Ribeirão Preto - Unaerp; MBA em Direito Empresarial pela FUNDACE - USP; Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas - PUCCAMP; Membro do grupo de estudos GEDTRAB - USP. sandra.favaretto@usp.br

Lei Federal 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, uma reflexão sobre a supressão das horas *in itinere*, com foco no seu nascimento e morte, sua relação com o tempo de vida livre do empregado e, por fim, realizará uma comunicação direta com o princípio da vedação do retrocesso social. Para tanto, o estudo iniciará o seu passeio mediante uma breve análise da Reforma Trabalhista e suas relações com o capitalismo contemporâneo e a nova era, o Estado Pós-Democrático do Direito. Seguirá seu caminho pelo contexto histórico e conceitual das horas *in itinere*, passando, posteriormente, a verificar o liame com o tempo de vida livre e a vida digna do empregado, sob os olhos do princípio da dignidade da pessoa humana. Por último serão levantados sérios questionamentos que colocam a supressão das horas *in itinere* como afronta ao princípio da vedação do retrocesso social. A metodologia a ser utilizada é a revisão bibliográfica, abordando conteúdos extraídos de textos normativos, livros, artigos, periódicos, todos relacionados ao tema horas *in itinere*. **Palavras-chave:** Horas *in itinere*, reforma trabalhista, tempo de vida livre, princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da vedação do retrocesso social.

ABSTRACT

The objective of this article is to promote, from the study of the advent of Federal Law 13.467 / 2017, known as Labor Reform and presented by it as Labor Deform, the legislative changes that occurred in the Consolidation of Labor Laws (CLT), a reflection on the suppression of hours *in itinere*, focusing on his birth and death, his relationship with the employee's free life time and, finally, he will carry out a direct communication with the principle of the prohibition of social retrogression. To this end, the study will begin its tour through a brief analysis of the Labor Deform and its relations with contemporary capitalism and the new era, the Post-Democratic State of Law. It will continue on its path with a historical and conceptual context of hours *in itinere*, going on to verify the link with the employee's free time

and dignified life, under the eyes of the principle of human dignity. Finally, they will raise serious questions that place the suppression of hours *in itinere* in direct affront to the principle of the prohibition of social regression. The methodology to be used is the bibliographic review addressing contents extracted from normative texts, books, articles, periodicals, all related to the theme hours *in itinere*.

Keywords: Hours *in itinere*; labor form, free time; principle of human dignity; principle of the prohibition of social retrogression.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo apresentar o advento da Lei Federal 13.467/2017, de 13 de julho de 2017, conhecido como Reforma Trabalhista – denominada por este trabalho de Deforma Trabalhista – e, principalmente, mostrar algumas consequências da alteração ao ordenamento jurídico proveniente da nova redação do artigo 58, §2º da Consolidação da Leis do Trabalho – CLT. Nesse diapasão, verifica-se que o instituto das horas *in itinere* foi suprimido, deixando de prever que o tempo de deslocamento pelo empregado no trajeto de sua residência ao local de trabalho, bem como o seu retorno, seja caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive fornecido pelo empregador, não seja computado na jornada de trabalho, e, por conseguinte, não se configure como tempo à disposição do empregador:

Art. 58, §2º, CLT - O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador.

Todavia, ao não se considerar o tempo de deslocamento no trajeto como à disposição do empregador, alguns questionamentos podem ser

levantados, inclusive no que tange à Reforma Trabalhista, pois, com o fito de alterar a CLT, sob o pretexto de melhoria dos direitos dos trabalhadores e aumento dos postos de trabalho, o que se verifica, na verdade, é uma violação ao princípio da vedação do retrocesso social.

Nesse escopo, o fato de não ser remunerado o tempo despendido pelo empregado no deslocamento de sua residência ao local de trabalho, priva-o também da remuneração do denominado tempo de vida livre, ou seja, período em que o sujeito poderia dedicar-se a outras atividades pessoais, mas encontra-se à disposição do empregador sem qualquer compensação, o que poderia violar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ainda nesse âmbito, ao retirar a possibilidade das horas *in itinere* serem incluídas na jornada de trabalho do empregado, não se subtrai do trabalhador apenas a compensação pecuniária das horas destinadas ao trabalho e das horas à disposição do empregador, como também, tornou-o vítima do capitalismo contemporâneo e um sujeito do processo à (des)sociabilização do trabalho.

Dessa forma, a supressão das horas *in itinere*, advinda da Reforma Trabalhista, gerou uma vantagem ímpar, unilateral e exclusiva para o empregador, na medida em que se configurou em perda significativa de direitos para os empregados.

É nesse contexto que serão abordadas algumas questões, como a chegada da Reforma Trabalhista, sob uma visão de Reforma Trabalhista, bem como o nascimento e a morte das horas *in itinere*, a relação das horas *in itinere* com o tempo de vida livre do empregado e, por fim, a análise do instituto em comento sob o foco do princípio da vedação do retrocesso social.

1 A CHEGADA DA REFORMA TRABALHISTA E UMA VISÃO DE DEFORMA

A Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, consolidada em maio de 1943, veio ao mundo jurídico através da somatória de leis esparsas, conquistas das lutas da classe trabalhadora, lutas estas que trouxeram resultados prósperos, como as garantias sociais e trabalhistas. Com o intuito de conceder melhores condições de trabalho, tradicionalmente, a legislação na seara trabalhista foi, a partir do século XI, voltada para encarar a barbárie que preponderava nas relações entre capital e trabalhadores.

No momento atual, diante das adversidades de governar os setores econômico e político, presentes no atual Estado brasileiro, focado no livre mercado e na liberdade irrestrita ao capital, depara-se com uma nova era, conhecida como Estado Pós-Democrático de Direito, no qual não há expressamente violação dos limites ao exercício do poder, mas sim um notório afastamento de pretensão de fazer jus a esses limites estabelecidos.

É nesse cenário que se enfraquecem os direitos fundamentais advindos do Estado Constitucional e surgem as incertezas do sistema de garantias típicas do Estado Democrático de Direito, em decorrência da implementação de uma política neoliberal – conceito dado ao liberalismo clássico no século XX – característica de um Estado Pós-Democrático de Direito.

Baseado nas exigências de uma política de mercado, o governo federal brasileiro passa a produzir mudanças legislativas de flexibilização ou redução de direitos trabalhista, a exemplo do que ocorreu com a supressão das horas *in itinere*.

A referida alteração foi sacramentada pela Lei Federal nº 13.467/2017, no dia 13 de julho de 2017, com entrada em vigor, no

dia 11 de novembro de 2017, ficando conhecida por Reforma Trabalhista. Esse marco trabalhista foi apresentado pelo governo - Michel Temer (PMDB) – que aplicou parâmetros de austeridade de um plano neoliberal, com políticas de um Estado Democrático de Direito, porém mínimo, de modo a não intervir na relação capital e trabalho.

Em outras palavras, a política neoliberal é regulada por um Estado mínimo que não interfere nas relações travadas entre particulares. desse modo, o mercado regulador de índices econômicos ocupa-se em obter montantes cada vez maiores de lucratividade, deixando de lado as enfermidades sociais e aniquilando, de forma progressiva, os direitos dos trabalhadores e da sociedade, em um processo de desregulamentação e flexibilização dos direitos de um modo geral (DELGADO, 2015).

Neste contexto, a Reforma Trabalhista, veio com objetivo de alterar a CLT e com o comprometimento de ser um recurso para a melhoria dos direitos dos trabalhadores e para o aumento dos postos de trabalho. Todavia, procedeu a negação da visão humanística como também a surdez e a cegueira de um testemunho da desordem daqueles que somente aspiram no mercado, vez que o capitalismo contemporâneo, globalizado e hegemônico pelas ambições das finanças, impacta, de forma a implicar um retrocesso dos direitos sociais e das instituições públicas (BELLUZZO, 2013). Nota-se que tais políticas formulam uma complexa teia de relações de poder de dominação que coloca em xeque a função dos Estados, bem como acovarda as políticas de proteção social e de direitos, em destaque, os direitos trabalhistas.

Assim, com a promulgação da legislação trabalhista constatou-se que o capital possui uma agenda própria e utiliza diversos mecanismos para sustentar sua intenção de lucratividade,

aumento de produtividade, e competitividade em relações flexíveis de trabalho, sob o discurso de uma indispensável reforma, ainda que seja notória sua pretensão de causar um verdadeiro e sério retrocesso social. É nesse ponto que ocorre um desmonte do projeto social conquistado no decorrer de décadas de proteção ao trabalho e lutas de classe trabalhadora, o que foi denominado de desconstrução do direitos sociais.

Logo, a Deforma Trabalhista, expressão que aqui cunhamos em razão da notória intenção de redução de direitos, vai de encontro ao que foi conquistado desde a década de 1940. Mais precisamente, transforma a classe trabalhadora em uma mercadoria com ausência de direitos sociais e com forte sentido de desamparo social. No mesmo sentido, essa transformação é definida como um elemento do processo de reorganização do conjunto capitalista contemporâneo, expondo os trabalhadores à instabilidade do mercado e à precarização do trabalho, além de gerar impactos às conquistas sociais.

2 NASCIMENTO E MORTE DAS HORAS *IN ITINERE*

As horas *in itinere* configuram-se como tempo destinado ao deslocamento do empregado no trajeto de sua residência ao local de trabalho e vice-versa, em transporte fornecido pelo empregador, em local de difícil acesso ou não servido por transporte público, mas também o tempo equivalente ao deslocamento da portaria ao setor de trabalho, mais conhecido como posto de trabalho.

Ainda em linhas conceituais, ressalta-se que o vocábulo *itinere* é proveniente do latim, traduz em itinerário e quer dizer caminho, ou seja, o percurso, trajeto em que o trabalhador perfaz para acesso ao trabalho.

O artigo 4º da CLT, em seu caput, também corrobora o diálogo conceitual, no momento em que consubstancia, de forma salutar, que as horas *in itinere* estão relacionadas à jornada de trabalho e podem ser consideradas tempo à disposição do empregador, numa construção teórica a partir de interpretação ampliativa do referido dispositivo legal.

Diante desse diapasão, o Tribunal Superior do Trabalho – TST, editou a súmula 90, pacificando o entendimento de que o tempo despendido pelo empregado no trajeto de sua residência ao local de trabalho de difícil acesso ou não servido por transporte público, em condução fornecida pelo empregador, deve ser considerado tempo à disposição e computado na jornada de trabalho, devendo ser pago como hora extra, desde que exceda o limite legal de oito horas de jornada laboral diária, conforme o caso concreto.

O TST, mediante uma revisão conceitual do já mencionado artigo 4º da CLT, determinou um quesito peculiar de tempo de deslocamento incluído no tempo à disposição, o que se resulta as horas *in itinere*. Nessa linha de intelecção e com base na jurisprudência da Corte Superior Trabalhista, o legislador rendeu-se à ideia das horas itinerárias e positivou-as, através da Lei 10.243/2001, acrescentando o §2º do artigo 58, em sua na antiga redação, obrigando o pagamento adicionais de horas de percurso:

§ 2º O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução. (Parágrafo incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

É relevante mencionar que tal parcela detém natureza jurídica salarial e resulta, inegavelmente, na incidência do adicional de hora

extra quando sua prestação de serviço ultrapasse o limite legal de oito horas diárias, integrando a remuneração dos empregados para todos os efeitos legais.

Com o advento da Reforma Trabalhista, houve uma dissolução de direitos sociais importantes para a classe trabalhadora, principalmente à respeito da duração do trabalho, com a já mencionada supressão das horas *in itinere*, ou seja, retirou-se a obrigatoriedade de computar as horas de deslocamento do empregado no trajeto de sua residência ao local de trabalho, e vice-versa, como jornada efetiva de trabalho. Nesse contexto, observa-se uma alteração conceitual da jornada de trabalho restringindo sobremaneira o que se considera tempo à disposição do empregador.

Em outras palavras, o substrato conceitual da jornada de trabalho passa por um processo de transformação, pois, anteriormente, todo o tempo em que o empregado estivesse à disposição do empregador era reconhecido como jornada de trabalho, mesmo que não se encontrasse efetivamente trabalhando, mas aguardando ou executando ordens. Por outro lado, após as alterações provenientes da Reforma Trabalhista, o tempo à disposição do empregador ficou limitado a somente algumas situações específicas.

Logo, verifica-se que todo o caminho da curta vida das horas *in itinere*, baseado no entendimento de que estas seriam computáveis na jornada do empregado por serem consideradas tempo à disposição do empregador, deixou de ser um direito social ao tempo de vida livre de uma vida digna, e expurgou do mundo jurídico toda a construção jurisprudencial que elevou as horas itinerárias ao patamar de legislação expressa.

3 A RELAÇÃO DAS HORAS *IN ITINERE* COM O TEMPO DE VIDA LIVRE

O Brasil passou por um processo de industrialização, ou seja, uma expansão e crescimento econômico das indústrias com reflexos importantes na relação capital e trabalho, desde os primeiros anos do século XIX. Em constante transmutação, esse processo desvenda aspectos econômicos, políticos, jurídicos e sociais importantes e, até, danosos para os cidadãos.

A sociedade brasileira atual está diretamente interligada ao crescimento do capitalismo contemporâneo, além de ser o resultado do avanço do Estado Pós-Democrático de Direito, vez que neste não existe a pretensão de respeitar os limites do exercício do poder. Nessa linha, a relação capital e trabalho fortifica uma grave característica surgida por esta nova era de encolhimento do tempo de vida livre em detrimento à (des)sociabilização do trabalho. Assim, o tempo de vida do empregado destinado ao capital, em regime de trabalho gradativamente mais excessivo, sujeita o trabalhador à precarização, o que ocasiona, cada dia mais, um declínio significativo de seu tempo vida livre.

Nesse contexto, as modificações oriundas da Deforma Trabalhista, em especial quanto à restrição daquilo que se entende por horas *in itinere* e por tempo à disposição do empregador, criou um precedente que pode gerar ameaças para a própria democracia e contribuir para o fortalecimento da instabilidade do mercado e da precarização do trabalho.

Portanto, ao retirar a possibilidade de as horas *in itinere* serem incluídas na jornada de trabalho, impôs-se ao empregado o dispêndio de um montante elevado de horas de seu dia destinados ao

empregador sem uma compensação, sacrificando sua qualidade de vida em razão do trabalho.

No mesmo prisma, a retirada das horas *in itinere* do mundo jurídico tem a clara intenção de firmar uma nova definição em exceção ao regime de tempo de vida livre, mesmo que seja sob o poder diretivo do empregador. Dessa forma, observa-se que o atual artigo 58, §2º da CLT apresenta uma estratégia redacional para buscar um novo conceito de tempo de trabalho, baseado afastando, todavia, o tempo despendido no trajeto de sua residência ao trabalho e vice-versa.

Ademais, tal deformação legislativa proporciona excesso de jornada de trabalho e severa restrição ou, até mesmo, uma relevante impossibilidade de que o empregado tenha o tempo de vida livre para diversas atividades vitais, privadas e necessárias para almejar-se uma vida consideravelmente digna.

Por outro lado, a revogação das horas *in itinere* resulta em considerável diminuição direta de gastos para o empregador às custas do tempo de vida livre do empregado, ou melhor, um cenário inveterado de jornadas excessivas, afetando não só no mercado de trabalho, mas sobretudo na própria vida do trabalhador.

Em contraponto às jornadas excessivas, a delimitação da duração do trabalho funda-se na necessidade de conferir vida digna ao trabalhador, munindo-lhe de mecanismos jurídicos que façam frente à desvantagem socioeconômica que detém perante o empregador. Para o capitalismo contemporâneo, vida digna é uma lógica do sistema, ou seja, é uma lógica fundamental para assegurar uma melhor condição física – proteção à integridade física do trabalhador – e uma conseqüente ascensão de produtividade no desempenho laboral, além de gerar um aumento de tempo de vida

livre para os trabalhadores inserirem-se no mercado de consumo e contribuir para o giro de mercado.

Ainda nesse sentido, o excesso da jornada de trabalho impede a organização da vida particular e familiar do empregado, cuja proveito “quando não obstada completamente pelo cansaço, se restringe às migalhas restantes de tempo não trabalhado, o que transforma a vida pessoal em algo meramente residual” (ARAÚJO, 2017, p.231). Em outras palavras, a quantidade exorbitante de tempo de vida destinado ao trabalho obsta uma organização pessoal e familiar do empregado, podendo resultar em fadiga extrema que o leve a inverter sua situação social, isto é, o empregado terá sua vida pessoal como um mero acaso.

Em consequência, não se torna um equívoco afirmar que a mencionada supressão desse importante direito social contribui por ensejar dano à existência ou dano à vida de relações. A Defensoria Trabalhista, ao deixar de contemplar as horas *in itinere* como tempo à disposição do empregador, passou a consentir que o empregado gaste horas excessivas de seu dia somente para viabilizar o exercício de seu trabalho, o que repercute na ausência do tempo livre ou energia para atingir seus projetos de vida e ter relações pessoais e interpessoais.

Nesse escopo, fica evidenciado que há uma íntima relação do dano existencial com o princípio da dignidade da pessoa humana. A existência humana digna não se limita apenas à segurança física e financeira, à sobrevivência biológica ou ao exercício dos direitos sociais, econômicos e culturais, mas também se entrelaça ao bem estar psicológico do ser humano, abrangendo o direito da pessoa de querer ou não querer, escolher ou não escolher e realizar ou não realizar as atividades que ensejam valor e sentido à sua vida.

Alinhado a esse cenário, o princípio da dignidade da pessoa humana devidamente reconhecido na Constituição da República, como um princípio fundamental da República Federal do Brasil (artigo 1º, III) traz o real sentido de mostrar que a supressão das horas *in itinere* não somente viola a condição da vida digna, mas também ofende os direitos sociais, que são cláusulas pétreas, denotando uma ofensa evidente ao princípio da vedação do retrocesso social.

4 A COMUNICAÇÃO DAS HORAS *IN ITINERE* COM O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

A concepção do princípio da vedação do retrocesso social vem intimamente ligada ao “pensamento do constitucionalismo dirigente”, termo utilizado por Joaquim José Gomes Canotilho (2002), próprio de Cartas Constitucionais que apresentam normas de eficácia programática e que proporcionam programas com a irrefutável finalidade de efetivar o plano institucional. Nessa linha, o Estado Social-Democrático corrobora o pensamento de efetivação dos direitos sociais, em especial, direitos trabalhistas e da redução das desigualdades.

Na atual fase do capitalismo contemporâneo, mudança das relações de trabalho, pertencentes ao mundo fático, não pode ser usada como desculpa, até mesmo como vênua, para aceitar o retrocesso social, dando brecha a uma reforma, ou melhor, a uma Deforma Trabalhista que extingue os avanços legislativos conquistados, sobretudo se não foram concedidas medidas compensatórias. Avanços, estes, adquiridos através de lutas de classe dos trabalhadores, ao longo de tantos conflitos entre capital e trabalho e incorporados no rol de direitos fundamentais.

Dessa forma, a supressão das horas *in itinere* provenientes da Deforma Trabalhista, gerou uma vantagem ímpar, unilateral e exclusiva para o empregador, configurando-se em uma perda significativa de direitos para a classe dos trabalhadores e afrontando notoriamente o princípio da vedação do retrocesso social, o que acaba por atingir, também o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ainda nessa linha, com a aniquilação da obrigatoriedade do pagamento das horas itinerárias, os empregadores não serão estimulados a adequar a jornada dos empregados para que seu início e fim seja coincidente com o transporte público disponível, gerando desproteção e impelindo aos trabalhadores a responsabilidade de encontrar meio alternativo de deslocamento de sua residência ao local de trabalho e vice-versa, qual poderá ser mais oneroso, mais demorado e mais extenuante.

Outro ponto a ser analisado é o caso dos empregados rurais, especialmente, aqueles que necessitam do transporte fornecido pelo empregador para o trajeto até o seu local de trabalho, devido à localização dos postos de trabalho que são, em regra, longínquos do perímetro urbano e não servidos por transporte público.

Nesse viés pronuncia-se o enunciado 16 a 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho promovido pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho:

HORAS DE TRAJETO: HIPÓTESES DE CÔMPUTO NA JORNADA APÓS A LEI 13.467/2017

1. A estrutura normativa matriz do art. 4º da CLT contempla a lógica do tempo à disposição, não eliminada a condição de cômputo quando se verificar concretamente que o transporte era condição e/ou necessidade irrefutável, e não de escolha própria do empregado, para possibilitar o trabalho no horário e local designados pelo empregador, mantendo-se o parâmetro desenvolvido pela súmula 90 do TST, caso

em que fará jus o trabalhador à contagem, como tempo de trabalho, do tempo de deslocamento gasto em trecho de difícil acesso ou sem transporte público por meio fornecido pelo empregador, na ida ou retorno para o trabalho. Inteligência do artigo 3º, c, da Convenção 155 da OIT. 2. Inaplicabilidade do §2º do art. 58 da Lei 13.467/2017 ao trabalho executado na atividade rural.³¹⁵

Em outras palavras, o fim o pagamento das horas *in itinere* torna-se inaplicável aos empregados rurais, visto que a retira do direito da classe trabalhadora, no âmbito não urbano, também é uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana e consequente ofensa ao princípio da vedação do retrocesso social.

Importante salientar que, em conformidade com atual realidade do setor econômico brasileiro, as empresas urbanas também estão cada vez distanciando-se mais das áreas residenciais e direcionando-se para outros municípios e localidades que proporcionam custos de instalação, manutenção e acomodação bem inferiores, o que acarreta imensos e árduos deslocamentos entre a residência do empregado ao local de trabalho e vice-versa. Tais trajetos trazem à tona um resultado prejudicial à vida do trabalhador, com reflexos severos no tempo livre, e, assim, uma afronta à vedação ao retrocesso social.

A supressão das horas *in itinere*, diante todo exposto, consolida um depauperamento no que diz respeito ao tratamento social do trabalhador, visto que é notório o desrespeito ao princípio

³¹⁵ ANAMATRA. 2a Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017). Disponível em <https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto_RT_Jornada_19_Conamat_site.pdf>, acesso em 31 ago. 2020.

da vedação do retrocesso social, logo, ao contrário, não se procura a melhoria social do trabalhador, e sim favorece-se , a agenda do capital, no sentido de suprimir um direito social sem a concessão de qualquer compensação.

Desse modo, as alterações da Deforma Trabalhista que aniquilaram tais direitos, com total ausência de compensação, em especial o não cômputo das horas *in itinere* na jornada do empregado, ferem o princípio da vedação do retrocesso social. O Estado brasileiro é possuidor do dever de garantir a implantação e a efetivação dos direitos sociais por ele mesmo estabelecidos, mas também de abster-se de aderir e aceitar medidas que tenham capacidade de esvaziar a garantia já concedida.

A supressão das horas *in itinere*, nesse diapasão, não se faz sábio considerá-la constitucional, vez que somente são protegidas e abarcadas sob o manto da constitucionalidade as normas pertencentes à seara trabalhista que visem a melhoraria da condição social do trabalhador.

CONCLUSÃO

O presente estudo desenvolveu reflexões sobre sociedade brasileira dos novos tempos, diante de novos desafios, abarcada com as formas de governabilidade das economias e das políticas, alicerçada no mercado e no capital livre, do novo Estado – Estado Pós-Democrático de Direito, uma vez este está em vias de construção de movimentos de resistência às alterações que transmutam não apenas a condição do trabalho, mas todo o contexto social brasileiro.

Em corroboração aos novos tempos, é necessário estabelecer uma balança equalizadora entre o capitalismo contemporâneo e o trabalho, visto que é inevitável a relação direta entre eles, melhor

dizendo, não se encontra capital sem trabalho nem trabalho sem capital. Nessa linha, a lucratividade, como um elemento isolado, não é prejudicial, ao passo que tem a função social de conduzir a uma sociedade rica e próspera. Todavia, a lucratividade que desmantela a proteção da classe trabalhadora torna-se um produto da exploração humana, sem benefícios sociais e transformando o trabalhador em um instrumento a serviço do capital.

Nesse escopo, é importante salientar que a vigorosa proteção da classe trabalhadora realmente constitui medida salutar, tendo em vista a posição de vulnerabilidade que os empregados se encontram perante os seus empregadores, os quais se servem do seu poder econômico detido e da essencialidade do trabalho para a manutenção do empregado e subsistência de sua família.

Observa-se que, reiteradamente, os direitos decorrentes dos vínculos da relação empregatícia são modificados e, na grande maioria, essas modificações surgem através de confrontos entre a classe trabalhadora e a classe patronal. Logo, a justificativa da crise no setor econômico e político configura -se, notoriamente, como um recurso retórico para ofuscar as efetivas e verdadeiras características do Estado Pós- Democrático de Direito.

Neste contexto, as alterações ocorridas na CLT provenientes da Reforma Trabalhista, analisada no presente estudo, não podem repercutir na extinção do pagamento do tempo das horas de deslocamento pelo empregado no trajeto de sua residência ao local de trabalho e vice-versa, em transporte fornecido pelo empregador ou no tempo equivalente ao deslocamento da portaria ao posto de trabalho, se presentes os quesitos peculiares de tempo de deslocamento incluídos no tempo à disposição. Cabe salientar que tais quesitos ainda estão constantes na súmula 90, do TST e, devem ser aplicados aos vínculos de emprego, uma vez que configura um direito social

com claro intuito de melhoria da condição social do trabalhador, além de ser uma garantia constitucional da vedação ao retrocesso social.

Ainda nesse sentido, a Constituição da República não autoriza que se instituem normas que não atinjam um patamar superior àquele já estabelecido previamente, por afrontar o princípio do não retrocesso social. Ademais, a melhoria da condição social do trabalhador, por isso, é uma pretensão inesgotável no sistema jurídico jus trabalhista.

Por fim, a procura por uma sociedade unida com uma classe trabalhadora e que estime o bem estar social, concentrando não apenas o valor do trabalho, mas ainda a qualidade de vida e o pleno emprego, deve seguir o norte pela diminuição da jornada de trabalho, com amparo à vida digna do trabalhador. Logo, o Estado brasileiro enfrentando o novo Estado Pós- Democrático de Direito pode viabilizar mudanças dos direitos sociais, principalmente direitos da seara trabalhista, para a adequação à realidade, conquanto a mudança caminhe em um horizonte voltado para o avanço social e não em um notório retrocesso.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Paula Freitas de. **Contribuição crítica à reforma trabalhista**. 1 ed. São Paulo: CESIT, 2017

ARAÚJO, Silvia Maria de. **Trabalho sem fim, tempo sem tempo**. In: CATTANI, Antônio (Org). Trabalho: horizonte 2021. Porto Alegre: Escritos, 2017.

BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello. **Os antecedentes da tormenta**: origens da crise global. Campinas: Ed. FACAMP, 2013

BRASIL. Decreto Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 30 de ago.2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 90. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-90>. Acesso em: 30 de ago. 2020.

CHAVES, Cleberton Luiz. Análise do instituto horas *in itinere* à luz da lei n. 13.467/2017; **Revista RJLB**, Rio de Janeiro, ano 4, n.6, p.1635-1657, 2018.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito Fundamental ao Trabalho Digno**. 2. ed. São Paulo: LTr,2015.

DORNELES, Patrícia Garcez. **Duração do trabalho e aspectos relevantes na reforma trabalhista brasileira de 2017**. 2018. Monografia – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2018.

FERREIRA, Henrique; FREITAS, Lenara Giron de. Princípio da proteção pós reforma trabalhista e a resistência ao retrocesso social; **Revista da Faculdade de Direito**, n.6, 2018

LIMA, Jéssica Borchatt da Silva de; TONDO, Ana Lara. Reforma trabalhista e horas *in itinere*: flexibilização ou retrocesso legal?; **Revista Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região**, Belo Horizonte, v.64, n.97, p.269-298, 2018.

MARTINEZ, Luciano. **Reforma Trabalhista** – entenda o que mudou: CLT comparada e comentada – São Paulo: Saraiva, 2018

MELLO, Rayane Silva. Horas in itinere e as limitações constitucionais à negociação coletiva; **Revista TST**, São Paulo, v.84, n.1, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PATTERSON, Pablo Fernandez. **O direito à desconexão: um panorama dos reflexos sociais contemporâneos do trabalho sem fim**. 2018. 132f. Dissertação (Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania) – Universidade Católica do Salvador, Salvador, 2018.

PEREIRA, João Pedro Urtiga. **Análise da (in)constitucionalidade da reforma trabalhista quanto à exclusão das horas *in itinere***. 2018. 59 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito – Universidade Federal da Paraíba, Santa Rita, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

A REFORMA TRABALHISTA E AS HORAS “IN ITINERE”: HISTÓRICO, CONCEITOS E MUDANÇAS

LABOR REFORM AND HOURS “IN ITINERE”: HISTORY, CONCEPTS AND CHANGES

*Juliana Silva Pastore*³¹⁶

*João Gabriel Schieber Cury*³¹⁷

*Rodrigo Borges Nicolau*³¹⁸

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo conceituar e contextualizar o instituto das horas “in itinere”. Além disso, visa demonstrar a supressão desse direito do trabalhador realizada pela Reforma Trabalhista de 2017 e como esse acontecimento representou um retrocesso jurídico e social. A análise dessa temática se faz importante diante dos constantes ataques e flexibilizações que o direito dos trabalhadores tem sofrido atualmente. Abordar-se-á também, no decorrer desse artigo, a evolução da jornada de trabalho para que se possa melhor descrever o processo de surgimento e de exclusão das horas “in itinere” na Consolidação das Leis do Trabalho. Ademais, é necessário citar que foi utilizada a metodologia dedutiva, a partir consultas e análises de leis, doutrinas, artigos e dissertações.

Palavras-chave: Horas “in itinere”. Direito do trabalhador. Reforma

³¹⁶ Graduanda do curso de Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. E-mail: julianapastore@usp.br

³¹⁷ Graduando do curso de Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. E-mail: joao.cury@usp.br

³¹⁸ Advogado. Mestre em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco-USP. E-mail: rodrigonicolau13@yahoo.com.br

Trabalhista. Retrocesso. Ataques. Flexibilizações. Consolidação das Leis do Trabalho.

ABSTRACT

This present work has as main objective conceptualize and contextualize the institute of hours “in itinere”. Besides that, it intends to demonstrate the suppression of these rights by the 2017’s labor legislation reform and how it represents a legal and social setback. The analyze of this theme is very important due to the several attacks the laws that protect workers have been facing. Also, this article intends to address the Evolution of the workday so that it can best describe the emergence and exclusion of “in itinere” hours in the consolidation of the labor legislation. In addition, is necessary to say that it was use the deductive methodology, using law analysis, articles and dissertations.

Keywords: Hours “in itinere”. Workers wrights. Labor reform. Setback. Attacks. Flexibilization. Consolidation of labor laws.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, ao se analisar o vínculo empregatício, é preciso partir do pressuposto de que existe um desequilíbrio na relação entre o empregado e o empregador. Nesse sentido, é incontestável a afirmação de que o primeiro é hipossuficiente quando comparado ao segundo. Dessa forma, surge o Direito do Trabalho para proteger a parte mais frágil e garantir condições mínimas e justas para que o empregado possa exercer sua função sem sofrer abusos. Tal é a importância dessa garantia que ela se encontra elencada no art. 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e no art. 6º da Constituição Federal. No entanto, mesmo amparado por dispositivos de defesa, constantemente o trabalhador se depara com obstáculos que impedem a plena efetivação de seus direitos. Uma dessas dificuldades

é a falta de transporte público, especialmente para locais de difícil acesso, e esse problema pode gerar atrasos no horário de chegada ao emprego, bem como prejuízos no expediente e na própria vida do trabalhador.

Ademais, a Consolidação das Leis do Trabalho, de 1943, para solucionar o impasse descrito acima, determinou que “quando uma empresa se localiza em local de difícil acesso e não servido por transporte público regular, ela deve proporcionar uma forma de locomoção” e, com isso, “o período que o trabalhador gasta em transporte fornecido pela empresa deve ser considerado como horas à disposição do empregador, sendo, dessa forma, remunerado como trabalho efetivo”. A partir disso, surgiu o instituto das horas de itinerário, conhecido como horas “in itinere”, para regular a situação de desvantagem que o trabalhador enfrentava anteriormente.

Como de costume, o sistema capitalista sempre encontra uma maneira de aprofundar seus modos de exploração e em 2017 entrou em vigor a Reforma Trabalhista que ficou conhecida por apresentar diversas flexibilizações nas leis do trabalho e vários retrocessos jurídicos e sociais, dentre eles é possível citar a exclusão das horas “in itinere”. Ante o exposto, o presente trabalho visa analisar os conceitos relacionados aos temas descritos e, também, o instituto das horas “in itinere” em relação às mudanças ditadas pela Reforma Trabalhista.

1. JORNADA DE TRABALHO

A jornada de trabalho é, seguramente, um dos componentes da relação empregatícia que mais tem causado problemas, disputas e processos entre empregados e patrões ao longo dos anos. Apesar das características presentes nessa relação estarem em constante mudança, os conflitos e polêmicas sempre parecem seguir os avanços e

mudanças das relações de trabalho e, principalmente, da jornada de trabalho.

O grande desafio colocado ao Estado é o de arbitrar e harmonizar os interesses compostos entre empregados e trabalhadores, com o menor custo econômico e social possível, em busca de uma definição de jornada que possa beneficiar ambos. Nessa questão, o desafio encontra-se no fato de que essa jornada representa parte do tempo de vida e subsistência dos trabalhadores, mas, na maior parte dos casos, representa apenas custos de produção para os empregadores.

Como se percebe, a estruturação da jornada de trabalho é uma tarefa extremamente difícil, especialmente se considerarmos as constantes mudanças do sistema produtivo e da sociedade como um todo. O Estado precisa, então, usar de seu aparato burocrático para manter a saúde do trabalhador, manter o convívio social, criar empregos e postos de trabalho, além de incentivar reestruturações produtivas e organizacionais em busca de melhor competitividade, objetivos esses que não se excluem mutuamente.

Todo trabalhador brasileiro, que tenha carteira assinada, ou seja, uma relação de emprego formal, tem uma determinada jornada de trabalho estipulada em seu contrato. Dessa forma, a lei estipula que deve ser clara e por escrito a duração do trabalho que esse profissional terá de cumprir diariamente. Nesse contexto, é preciso diferenciar a jornada de trabalho e a duração normal do trabalho.

A jornada de trabalho refere-se ao tempo legal à disposição do empregador. Esse tempo pode se referir ao tempo trabalhado, ao tempo no qual o empregado aguarda ordens e às horas “in itinere”. A duração normal do trabalho, por sua vez, é uma expressão adotada pela CLT e representa um período maior de trabalho do que uma jornada. Nesse caso, a duração pode ser semanal, de quarenta e quatro horas, ou

mensal, de duzentas e vinte horas. (FERREIRA, 2004)

Nesse sentido, a Constituição, em seu artigo 7º, estabelece, entre os direitos dos trabalhadores, a duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais, facultada a compreensão de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho. Vale salientar que algumas categorias cumprem jornada diferenciada por terem regulamentação própria, como é o caso dos bancários, jornalistas e médicos, por exemplo.

1.1 Evolução Histórica

O surgimento do trabalho, no contexto urbano, se dá a partir da revolução industrial de 1700/1820, pois até então não existia nenhuma forma de controle da jornada de trabalho, devido ao trabalho no campo não regulamentado. No início da revolução ocorre o êxodo rural, devido à perspectiva criada pelas pessoas de obtenção de melhores condições de vida que o trabalho nas indústrias poderia proporcionar. Nessa primeira fase, as jornadas eram extremamente extensas e exaustivas, sendo muito pouco regulamentadas.

Em diversos países na Europa, as jornadas poderiam chegar a até 16 horas nessa fase inicial da revolução industrial, incluindo mulheres e crianças nos trabalhos. Na mesma época, os Estados Unidos tinham uma jornada de trabalho de, aproximadamente, 12 horas e na Escócia existiu uma fábrica que limitou a jornada em dez horas e trinta minutos. (NASCIMENTO, 2012)

Em 1802 surgiu na Inglaterra a Lei da Saúde e Moral dos Aprendizes, a qual limitou a 12 horas a jornada e proibiu o trabalho noturno dos aprendizes. Em 1803, também na Inglaterra, surge o “Factory Act”⁶, o qual estipula uma jornada de 12 horas e duração

semanal de 69 horas (AREASEG, 2018). Posteriormente, em 1847, Inglaterra e França fixaram as jornadas em 10 horas, com exceção de Paris, que fixou 11 horas.

Alguns anos depois, em 1848 e 1867, Karl Marx apresenta o “Manifesto Comunista” e “O Capital” respectivamente, tornando-se um marco na defesa do proletariado e seus direitos como parte oprimida e explorada nas relações de trabalho em toda a Europa. Essas obras são os fundamentos para entender a fundo como a exploração do trabalho ocorre, porque ela ocorre e como combatê-la, mudando o foco nas relações para enaltecer a importância dos proletários no funcionamento da economia como um todo. Ademais, em sua obra “O Capital”, Marx traz o conceito de “mais-valia”, ou “mais valor”, que representa a disparidade entre o valor produzido através do trabalho do indivíduo e o salário efetivamente pago a ele. (MARX, 1988). Partindo-se disso, tem-se a “mais-valia absoluta” que se refere ao aumento nos lucros do empregador a partir do aumento da jornada de trabalho sem que o salário tenha uma elevação proporcional. Com isso, retirada das horas “in itinere” se encaixa perfeitamente nesse cenário, pois as horas de deslocamento não são pagas ao trabalhador, apenas as horas em que se encontra efetivamente no posto de serviço. Assim, o tempo de deslocamento foi retirado da computação da jornada de trabalho, desconsiderando essa parte do esforço do trabalhador e elevando o tempo que o empregado gasta em seu posto de serviço. Dessa forma, o conceito de Marx é fundamental ao se falar em reforma trabalhista, pois, como será mostrado adiante, representa um retrocesso nos direitos trabalhistas e um avanço da exploração capitalista.

Na sequência, em 1868, os Estados Unidos fixam em 8 horas a jornada para o serviço público federal e em 1885, a Áustria fixa sua jornada em 10 horas. Posteriormente, em 1891, o Papa Leão XIII

assina a “Rerum Novarum” pautada em princípios da cultura social cristã, tendo como referência a Bíblia e os pensadores cristãos. (VILLATORE, 2017) O objetivo era, assim como as teorias de Marx, melhorar as condições de trabalho do homem, mas usando bases ideológicas muito distintas e, de certa forma, contrárias em muitos aspectos.

Nesse contexto, a “Rerum Novarum” tenta diminuir o impacto causado pelas obras de Marx e acalmar os nervos das classes oprimidas, ao tentar colocar os proletários e os burgueses como iguais para evitar conflitos e revoluções. Ela afirmava que as duas classes são dependentes uma da outra e, portanto, deveriam manter obrigatoriamente a paz e harmonia, sendo elas destinadas pela natureza a se respeitarem e viverem em equilíbrio.

Além disso, o documento traz as obrigações dos operários e dos patrões, dizendo que cabe ao operário fornecer integral e fielmente todo o trabalho a que se comprometeu por contrato livre, não devendo lesar seu patrão de nenhuma forma. Os patrões, por sua vez, não devem tratar o operário como escravo e nem impor trabalhos superiores às suas forças, idade e sexo. Fica estabelecido, também, que a duração do descanso deve ser medida pelo dispêndio das forças que tal pausa deve restituir sendo o direito ao descanso de cada dia a condição expressa ou tácita de todo contrato feito entre patrões e operários.

Esse documento causa impacto nas questões da jornada de trabalho em diversos países. A Austrália, em 1891, reduz sua jornada para 8 horas e a partir dessa data foi se generalizando a jornada em oito horas. Além disso, de 1907 a 1917 greves gerais ocorreram, inclusive no Brasil, reivindicando a jornada de oito horas e pedindo melhores e mais justas condições aos trabalhadores. Um pouco depois, em 1919, ocorre a OIT, a primeira convenção a estabelecer a jornada

de oito horas e duração semanal de 48 horas, sendo inclusive, a primeira adotada pelo Brasil. (NASCIMENTO, 2012)

No Brasil as mudanças mais efetivas vieram mais tarde devido ao histórico do trabalho escravo prolongado. Sendo assim, em 1932 decretos estabeleceram a jornada de oito horas no comércio e posteriormente na indústria. Já em 1933 foram estabelecidas as jornadas para as barbearias, farmácias e panificação, jornadas de 6 horas para Casas de diversão e bancos, além de casas de penhor com jornadas de 7 horas. No entanto, o ponto mais importante que se deve ressaltar nessa época foram as jornadas de 8 horas em diversas categorias, sendo fruto da Constituição Federal de 1934 em seu artigo 121.

A partir de então, a cultura da jornada de trabalho de 8 horas foi se disseminando cada vez mais no Brasil. Em 1937 a Constituição Federal fixa a jornada de trabalho de 8 horas em seu artigo 137. Posteriormente, em 1940, ocorre a primeira tentativa de sistematização da jornada de 8 horas a partir do decreto 2.308/40, tendo como exceção as categorias com horário especial. Essa tendência se manteve e a legislação evoluiu, até que em 1943 surge a CLT, com seus artigos 57 a 75 que introduziu o conceito de duração normal do trabalho. As mesmas lógicas são mantidas na Constituição de 1967 e na emenda constitucional de 1969, as quais mantiveram a jornada de 8 horas e a duração semanal de 48 horas. (NASCIMENTO, 2012)

A Constituição de 1988, por sua vez, manteve a jornada de 8 horas, mas alterou a duração semanal para 44 horas por meio de seu artigo 7º, inciso XIII. Essa legislação admitia a compensação e ou a redução, mediante o acordo coletivo da categoria, possibilitando a adequação e adaptação da jornada em diferentes contextos de trabalho. Além disso, o inciso XIV tratava da jornada especial para turno

ininterrupto de revezamento e o inciso XV, sobre o DSR, preferencialmente aos domingos.

1.2 Natureza Jurídica

Considera-se que a jornada de trabalho apresenta uma natureza jurídica mista, coexistindo elementos de natureza pública e privada. Em um primeiro plano, temos os interesses do Estado com relação a jornada de trabalho. Em um segundo, observa-se a natureza privada, a qual engloba acordos entre os entes privados das relações de trabalho.

O Estado tenta impor limites e regras que se aplicam, de forma geral, para todos os trabalhadores. Um desses limites, por exemplo, é a limitação da jornada de trabalho, de modo que o trabalhador possa descansar e não venha a prestar serviços em jornadas extensas e exaustivas, mesmo que esse seja o desejo do trabalhador (BRISTOT, 2019). Nesse sentido, o Estado é responsável pela tutela dos direitos dos trabalhadores, que vão além do direito do trabalho, englobando os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana. Além disso, ao proteger o trabalhador com a limitação da jornada de trabalho, o Estado valoriza normas de saúde e de ordem pública uma vez que tutela o bem-estar físico e mental do indivíduo. Desse modo, a delimitação do tempo de serviço tange a esfera dos direitos sociais elencados pela Constituição Federal.

Ademais, o contexto privado, por sua vez, permite que os trabalhadores e seus patrões estabeleçam acordos que regulem situações e relações de trabalho específicas. As partes do contrato de trabalho podem fixar jornadas inferiores às previstas na legislação ou nas normas coletivas, sendo que a legislação apenas estabelece um limite máximo, podendo as partes estabelecer um limite inferior.

2 DISTINÇÃO ENTRE OS CONCEITOS DE “TEMPO” NO DIREITO DO TRABALHO

Com o intuito de melhor conceituar o instituto das horas “in itinere”, é importante diferenciar os tipos de tempo que se encontram presentes no Direito do Trabalho. Dessa forma, é válido citar o tempo efetivamente trabalhado, o tempo à disposição do empregador e o tempo de deslocamento do empregado até o trabalho, sendo este último o que toca no tema principal deste artigo, as horas “in itinere”.

2.1 Tempo Efetivamente Trabalhado

O tempo efetivamente trabalhado é o elemento central quando se fala em jornada de trabalho e retrata apenas o período no qual o trabalhador de fato desempenha uma função ordenada pelo seu empregador, em outras palavras, é o período em que o trabalhador presta uma atividade sob ordens de quem o contratou. Assim, como disserta Amauri Mascaro Nascimento “(...) o trabalho é contra prestativo com o salário. Só é remunerável e de trabalho o período no qual o empregado prestou sua atividade. Levado às últimas consequências, toda vez que o empregado, mesmo no local de trabalho, deixasse de produzir, não estaria correndo a jornada de trabalho”. (NASCIMENTO, 2012) Na teoria, tempo efetivamente trabalhado seria apenas aquele no qual há uma produção, no entanto, esse conceito não é exato, uma vez que o artigo 4º do Decreto Lei nº 5.452 de 01 de Maio de 1943, que aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho, versa que “Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial

expressamente consignada”. Com isso, tem-se que o tempo no qual o trabalhador fica à disposição do empregador, mesmo sem produzir ou executar atividades ligadas ao emprego, também é considerado como tempo de trabalho efetivo, uma vez que o indivíduo fica aguardando ordens, sem completa liberdade.

2.2 Tempo à Disposição do Empregador

Conforme dito anteriormente, o tempo no qual o trabalhador fica à disposição de seu empregador também é um elemento importante quando se fala de jornada de trabalho. Nesse sentido, o indivíduo fica no trabalho ou em outros lugares aguardando ordens ou pedidos. Dessa maneira, ele pode ou não estar de fato prestando um serviço, mas estará constantemente à espera para ser chamado, caso necessário.

Ademais, é extremamente relevante evidenciar dois períodos específicos que se encaixam nesse tópico. O primeiro refere-se ao cartão de ponto do empregado e o segundo, ao tempo de deslocamento interno entre a portaria da empresa e o local de trabalho. Assim sendo, tratando-se do primeiro, de acordo com o art. 58, § 1º da CLT e com a Súmula 366 do Tribunal Superior do Trabalho, não podem ser computadas ou descontadas como jornadas extraordinárias as diferenças de horário no registro de ponto do trabalhador que não ultrapassarem cinco minutos, tendo em vista o limite diário máximo de dez minutos. Dessa forma, caso tal limite seja excedido, a totalidade do tempo extra será considerada como jornada de trabalho, pois configurará tempo à disposição do empregador, não sendo relevantes quais atividades foram prestadas ao longo desse período restante. Na sequência, em relação ao tempo de deslocamento interno, na teoria, segundo a Súmula 429 do Tribunal Superior do Trabalho, quando o

tempo necessário para a locomoção interna do empregado entre a portaria da empresa e o seu local de trabalho ultrapassasse o limite diário de dez minutos, seria considerado como tempo à disposição do empregador, sendo assim, computado à jornada de trabalho. No entanto, com a Reforma Trabalhista de 2017 houve uma alteração no § 2º do art. 58 da CLT e, com essa modificação, “O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador”. Isso, de certa forma, foi prejudicial para o empregado, uma vez que abriu margens para abusos e desvantagens. Esse ponto se relaciona com o tema central desse artigo, as horas “in itinere” que foram absurdamente excluídas do Direito do Trabalho, causando prejuízo para o empregado, a partir da redação da Reforma de 2017, mas tal fato será abordado em tópicos futuros.

Adiante, a Reforma Trabalhista de 2017 acrescentou ao art. 4º da CLT, citado anteriormente, um aspecto importante para a proteção do trabalhador, o parágrafo primeiro. Com isso, tem-se que “Computar-se-ão, na contagem de tempo de serviço, para efeito de indenização e estabilidade, os períodos em que o empregado estiver afastado do trabalho prestando serviço militar e por motivo de acidente do trabalho. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)”. Nesse sentido, para a proteção do empregado, o contrato de trabalho continua correndo normalmente para fins de contagem de tempo de serviço efetivo.

2.2.1 Tempo que não pode ser computado à Disposição

Primeiramente, é preciso abordar o parágrafo 2º do art. 4º da CLT, também introduzido pela Reforma Trabalhista de 2017, que discorre a respeito do que não pode ser considerado tempo à disposição do empregador para evitar abusos e processos judiciais indevidos por parte do trabalhador. Assim, observa-se que não poderá ser computado como período extraordinário aquele no qual o empregado, por escolha própria, adentrar ou permanecer nas dependências da empresa para buscar proteção em caso de insegurança nas vias públicas ou más condições climáticas. Ademais, também não poderá ser computado o período em que o trabalhador adentrar ou permanecer nas dependências da empresa para realizar atividades particulares, como práticas religiosas, descanso, lazer, estudo, alimentação, atividades de relacionamento social, higiene pessoal, troca de roupa ou uniforme. Esse “dispositivo foi inserido no texto da reforma trabalhista da era Temer, porque se desejou espantar a ideia de que caberia ao empregador expulsar o empregado do lugar de trabalho findo o seu expediente. Pela norma ficou bem evidente que o operário ali poderá permanecer por escolha própria ou para exercer atividades particulares, bastando que se demonstre apenas que a permanência no interior da sede patronal decorreu de uma dessas necessidades” (MARTINEZ, 2019). Entretanto, de acordo com o art. 21 da Convenção 155 da Organização Internacional do Trabalho, “as medidas de segurança e higiene do trabalho não deverão implicar nenhum ônus financeiro para os trabalhadores” (SUSSEKIND, 2017). Dessa forma, o tempo desprendido para a higiene e para a troca de roupa quando houver a obrigação de serem realizadas no trabalho, deverá contar como tempo à disposição do empregador. A partir disso, a Comissão de Jurisprudência e de Precedentes Normativos sugeriu

alterações nas Súmulas 366 e 429 do TST sobre o assunto, porém tais modificações ainda não foram efetuadas.

Em segundo lugar, tem-se o art. 71 da CLT que dita que “Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de 2 (duas) horas”. Ademais, o parágrafo primeiro desse mesmo artigo disserta que quando a jornada de trabalho ultrapassar quatro horas por dia, mas não exceder 6 horas diárias, é obrigatória a concessão de um intervalo de 15 minutos ao trabalhador.

2.3 Tempo de Deslocamento

Este terceiro critério visa considerar o tempo de deslocamento do trabalhador de sua residência até o seu local de serviço e vice-versa. Nesse sentido, existe um embate sobre se esse período deveria ou não ser considerado como tempo à disposição do empregador. Assim, os que defendem a contagem de tal período como integrante da jornada de trabalho utilizam argumentos embasados na proteção do trabalhador contra abusos, uma vez que diversos empregados, principalmente os de classe baixa, moram distantes do trabalho e em locais de difícil acesso e, com isso, inúmeras vezes têm um gasto de tempo excessivo para se locomoverem até o seu local de trabalho. Além disso, muitas vezes o próprio lugar onde a empresa se instala é de difícil acesso, o que também ocasiona um gasto considerável de tempo por parte do trabalhador para chegar até o seu posto de serviço.

Ademais, outro ponto que deve ser levado em consideração é o fato de que a garantia de ter todos os seus empregados presentes em seus postos de serviço no tempo estipulado é uma maneira de

aumentar a produtividade da empresa, pois elimina o problema de atrasos e desencontros. Assim, fornecer transporte e computar as horas “in itinere” é um modo de aprimorar a organização da empresa e, conseqüentemente, elevar a produtividade e os lucros. Dessa maneira, observa-se que esse instituto é benéfico também para o empregador. Porém, em outra linha de raciocínio, os que defendem a desconsideração do tempo de deslocamento como parte do tempo de trabalho argumentam com base no prejuízo do empregador, que teoricamente estaria remunerando o trabalhador por um tempo sem efetiva produção. Esse tipo de argumento valoriza a lógica exploradora capitalista e deixa em segundo plano a relação desigual entre trabalhador e empregador, na qual, inevitavelmente, o primeiro é vulnerável em comparação ao segundo. Assim, é nesse contexto de embate que se enquadra o instituto das horas “in itinere” que será apresentado a seguir.

3 HORAS “IN ITINERE”: HISTÓRICO E REQUISITOS

Inicialmente, com a Consolidação das Leis do Trabalho, tempo de deslocamento despendido pelo trabalhador para efetuar o trajeto de sua residência até o seu local de trabalho e vice-versa não era computado à jornada de serviço. No entanto, com o passar do tempo, na segunda metade do séc. XX, diversos casos foram surgindo sobre o assunto, principalmente quando a empresa alvo tinha suas instalações em locais de difícil acesso. Assim, com o intuito de proteger o trabalhador, a jurisprudências passou a entender que o traslado do indivíduo para tais locais por interesse do empregador deveria ser considerado como tempo à sua disposição. Como exemplo desse pensamento, é possível citar o acórdão relatado pelo Ministro Coqueijo Costa nos autos do processo TSTRR-4378/77: “quando o

transporte dos empregados é feito pela empresa, no seu próprio interesse, e for longínquo e de difícil acesso ao local da prestação, o tempo nele despendido é de serviço efetivo, pois os trabalhadores ficam à disposição do empregador” (MARTINEZ, 2019). Portanto, este era o entendimento da época, o que resultou na criação da Súmula 90 do Tribunal Superior do Trabalho que consolidou a criação das horas “in itinere”. A partir disso, até mesmo o legislador passou a reconhecer a importância desse instituto para a defesa do empregado e adicionou ao art. 58 da CLT o § 2º que, anteriormente à Reforma Trabalhista de 2017, dispunha que “O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução (Parágrafo incluído pela Lei n. 10.243, de 19-6-2001)”.

Ademais, é importante ressaltar que “não se exige que a localidade de difícil acesso seja estritamente rural, ou longínqua nas áreas urbanas, mas, sim, o critério é que, ao menos, não haja o fornecimento de transporte público para o local, muito embora se reconheça que o preenchimento desse requisito tende a se configurar predominantemente no meio rural” (LIMA, 2018). Somando-se a isso, a própria origem da criação das horas “in itinere” “se deu através de julgamentos relativos a casos de trabalhos em meio rural, de cortes de madeira, mato ou plantio, em que as localidades das atividades são muito distantes das residências dos trabalhadores” (LIMA, 2018). A respeito disso, é válido salientar que, para a caracterização de local de difícil acesso, devem ser considerados apenas o local de prestação de serviço e a localização da empresa, ou seja, tal critério independe se o local de residência do trabalhador é distante, visto que, se o acesso à localidade da empresa não apresenta quaisquer dificuldades, não há

que se falar em horas “in itinere”.

Além do apresentado, a Súmula 90 do TST cita requisitos especiais para a configuração das horas “in itinere”. Além de ser necessária a existência de local de trabalho de difícil acesso, como elencado previamente, é preciso que por tal local não passem meios de locomoção alternativos, como transporte público, de maneira que se faria necessário o fornecimento de condução sob encargo da empresa para que o serviço pudesse ser desenvolvido regularmente. Dessa forma, o período despendido no trajeto seria caracterizado como tempo à disposição do empregador e, com isso, seria pago ao trabalhador.

Diante do exposto, é evidente que a criação do instituto das horas “in itinere” surgiu para ajustar o desequilíbrio existente na relação entre empregador e empregado a respeito do tempo de deslocamento para locais de trabalho que se encontravam em áreas de difícil acesso. Inclusive, é necessário salientar que a própria redação da Súmula 90 do TST deixava claro que esse instituto não servia para beneficiar o trabalhador, mas sim, para retirar o prejuízo deste último que muitas vezes enfrentava problemas, como a falta de transporte público, para se conduzir até o seu local de serviço e a necessidade de despende boa parte de seu tempo se locomovendo para uma área de difícil acesso escolhida pelo empregador. No entanto, após a Reforma de 2017, muito se alterou sobre esse assunto e o trabalhador novamente encontrou-se prejudicado, representando um retrocesso legal e social. Porém, isso não é alvo de estranhamento, afinal, de acordo com as leis invisíveis da exploração capitalista, “a própria natureza das coisas é que os trabalhadores recebam apenas o necessário para a sua subsistência” (NUNES, 2011)

4 A REFORMA TRABALHISTA DE 2017 E AS HORAS “IN ITINERE”

4.1 A Reforma em Geral

A lei 13.467 de 2017, mais conhecida como Reforma Trabalhista, trouxe importantes mudanças para a Consolidação das Leis do Trabalho. Com as novas regras e alterações, muitos pontos da relação entre empregado e empregador foram alterados, sendo, no geral, uma reforma muito polêmica. Se por um lado as mudanças foram festejadas por algumas classes, por outro lado, outras se sentiram muito prejudicadas, principalmente alguns setores da classe trabalhadora.

A CLT, editada em 1943, já era considerada obsoleta por alguns estudiosos, mas no geral muitos questionavam tais normas, sob a justificativa de que representavam um entrave para um desenvolvimento econômico mais otimizado. Além disso, o protecionismo era acusado de onerar em grande medida os empregadores, sendo que relações de trabalho informais e precárias eram comuns. Uma das principais alegações do governo para insistir na reforma era que esses tipos de situações eram fruto de normas pouco efetivas.

Os apoiadores da reforma argumentavam que haveria a criação de novos empregos, porém, até o atual momento, essas expectativas não se confirmaram. De acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), antes da reforma trabalhista o país tinha 12,7 milhões de pessoas desempregadas e em setembro de 2019, o número constatado foi de 12,5 milhões. Isso demonstra que a meta de criar 2 milhões de vagas está longe de ser alcançada (ANTUNES, 2019). Especialistas acreditam que a Reforma Trabalhista, sozinha,

não seria capaz de mudar a situação do mercado brasileiro, uma vez que isso deveria estar associado a outros aspectos da economia, que, desde 2014, atravessava um período de baixo crescimento.

Podemos citar algumas mudanças que foram feitas pela reforma, como a possibilidade de ampliação da jornada de trabalho para 12 horas, desde que sejam asseguradas 36 horas de descanso em seguida. Vale ressaltar, que mesmo após a alteração, deve ser respeitado o limite constitucional de 44 horas semanais e 220 horas mensais. Além disso, outra questão polêmica foi a do trabalho terceirizado pela lei 13.429/2017, a Lei da Terceirização. Assim, de acordo com a antiga regra, o trabalho terceirizado era permitido somente para funções intermediárias que não representassem os objetivos centrais das empresas que contratou. Com a nova lei a terceirização foi permitida também para esse tipo de atividade.

Nesse contexto, podemos citar a redução do intervalo intrajornada, sendo que antes da reforma a norma original contida na CLT, impunha um intervalo mínimo de uma hora entre os dois períodos da jornada, que geralmente é usada para almoço ou jantar. Agora, é possível conceder até 30 minutos de intervalo para que o empregado faça sua refeição. Tem-se ainda a questão do trabalho insalubre para gestantes e lactantes, que sempre foi proibido pela CLT. No entanto, a nova reforma abriu uma possibilidade, na qual gestantes ou lactantes poderiam realizar esse tipo de trabalho se apresentassem atestado médico mostrando que o risco para a saúde era mínimo. A partir disso, para demonstrar como a reforma fere gravemente os direitos dos trabalhadores, essa possibilidade criada por ela foi considerada inconstitucional pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5938. Assim, a decisão julgou “procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade da expressão ‘quando apresentar atestado de saúde, emitido por

médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento’, contida nos incisos II e III do art. 394-A da Consolidação das Leis do *Trabalho* (CLT), inseridos pelo art. 1º da Lei 13.467/2017, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio.”

O pagamento da contribuição sindical, equivalente a um dia de trabalho, deixou de ser obrigatório. As férias, de trinta dias corridos por ano, agora podem ser parceladas em até três vezes. Outra mudança interessante é a possibilidade do trabalho intermitente, com direito as férias, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, contribuição previdenciária e 13º salários proporcionais. Com relação a essa mudança, o salário não pode ser inferior ao mínimo, nem aos vencimentos de profissionais na mesma função na empresa.

No geral, os acordos coletivos passaram a ter um papel mais relevante nas relações de trabalho. Com isso, o que for acertado entre empregado e empregador, desde que respeitados os direitos essenciais, não é vetado pela lei.

Por fim, é evidente que, em um panorama amplo, a reforma trouxe mais prejuízos que benefícios para a classe trabalhadora. Dessa forma, considerando a “vacatio legis” de 120 dias da publicação, “com a entrada em vigor da nova lei, em 11 de novembro de 2017, deixaram de existir, no mundo jurídico, inúmeros institutos que foram criados como mecanismos de proteção ao trabalhador, dentre eles o da própria hora *in itinere*” que será tratado especificamente a seguir (IPOG, 2018).

4.2 Mudanças em Relação às Horas “In Itinere”

O pagamento das horas “*in itinere*” sempre foi objeto de controvérsia e polemica no seio de algumas empresas, pois, sob a ótica empresarial, acredita-se que o custo acrescido ao empregador por ter

que pagar ao trabalhador o tempo gasto no transporte, que era fornecido pela própria empresa, servia como desestímulo à concessão do próprio benefício. Assim sendo, a Reforma Trabalhista de 2017 optou pela supressão total do instituto das horas “in itinere”. Nesse sentido, ao retirar as horas de trajeto da jornada de trabalho, o empregador foi beneficiado por não ter que se preocupar com a ultrapassagem das oito horas diárias, uma vez que o empregado só estará à sua disposição quando adentrar no local de trabalho.

Nesse contexto, ao analisar as mudanças trazidas com a Reforma Trabalhista podemos observar que a nova lei altera a redação do artigo 58, da CLT, para desobrigar o pagamento de horas “in itinere”. Anteriormente, a lei dizia que “o tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornece a condução” (CASSAR, 2017). Além disso, vale citar o terceiro inciso, o qual foi revogado. Neste inciso, era dito que, “poderão ser fixados, para micro empresas e empresas de pequeno porte por meio de acordo ou convenção coletiva, em caso de transporte fornecido pelo empregador, bem como a forma e a natureza da remuneração” (CASSAR, 2017)

Em paralelo ao antigo texto, tem-se a lei atual, que dispõe que “o tempo despendido pelo empregado desde sua residência até o local de trabalho e para seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive pelo fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador”. Assim, observa-se o fato a seguir descrito pela autora Jéssica Borchardt da Silva Lima

A matriz básica em que se fundou a criação das horas in itinere, pelo entendimento de que seriam computáveis na jornada por serem tempo à disposição do

empregador, passou a ser o fundamento pelo qual as horas de trajeto deixaram de existir, expurgando do mundo jurídico toda a construção jurisprudencial e doutrinária que elevou as horas *in itinere* à consagração legislativa (LIMA, 2018)

Ademais, além de excluir as horas itinerárias comuns, vê-se que a nova legislação tem o intuito de atingir, da mesma maneira, as horas em relação ao tempo gasto entre a portaria da empresa e o local de trabalho, tendo em vista a expressão “caminhando ou por qualquer meio de transporte” e “até efetiva ocupação do posto de trabalho”. A partir desse ponto, fica claro que os trabalhadores de grandes empresas e do setor industrial sofreram um grande prejuízo.

No geral, todo trabalhador que recebia algum adicional referente ao tempo gasto em seu deslocamento, seja na forma de remuneração, ou mesmo na compensação de horários, deixou de receber imediatamente esses auxílios. Dessa forma, o tempo gasto para o deslocamento do trabalhador não será mais considerado como à disposição do empregador, ou seja, deixa de ser computado como jornada de trabalho. Dessa forma, é válido dizer que a supressão das horas “*in itinere*”, assim como boa parte da Reforma trabalhista de 2017, foi totalmente favorável aos empregadores.

Uma consequência muito comum das mudanças nas horas “*in itinere*”, é o fato de que na prática, essa mudança na lei só poderia afetar os novos contratos, ou seja, os empregados que foram contratados após a nova lei trabalhista, mas não é o que acontece em muitos casos. Em tese, a Lei 13.467/17, não alcança os contratos em curso no momento de início de sua vigência, levando em conta o direito adquirido dos empregadores de continuarem a fruir o direito garantido pelo ordenamento jurídico anterior. No entanto, infelizmente, muitos trabalhadores que recebiam as horas “*in itinere*”

antes da reforma tiveram esse direito retirado, tendo que recorrer a ações legais muitas vezes. Como exemplo é possível citar o Agravo em Recurso de Revista 10517-15.2016.5.03.0028 do Superior Tribunal do Trabalho, que demonstra um caso referente ao ano de 2016, mas julgado em 2019, no qual o empregador é condenado a voltar com o pagamento do benefício das horas “in itinere” que havia sido retirado indevidamente.

Outra questão interessante que surgiu com a nova reforma diz respeito aos empregados que são submetidos pelos patrões a realizarem viagens de trabalho, que no geral, despendiam um grande tempo, especialmente no transporte aéreo. Muitos empregados têm esse tipo de dúvida até os dias atuais e, para que se possa chegar a uma resposta deve ser compreendido que, fugindo ao costumeiro deslocamento residência-trabalho, se o empregado é levado a realizar viagens que lhe furtam considerável tempo, esse tempo será considerado em horas de serviço efetivo real. Porém, vale ressaltar que as viagens devem ser realizadas, na medida do possível, dentro do horário de trabalho do empregado.

CONCLUSÃO

Durante séculos, desde a primeira Revolução Industrial até os dias atuais, o direito dos trabalhadores e as condições de trabalho, em geral, têm evoluído constantemente, não apenas no Brasil, mas em todo o mundo. Diversas mudanças foram fundamentais para regulamentar principalmente o descanso, a jornada e as condições de trabalho dos empregados, levando em conta a evolução dos direitos da personalidade e da dignidade humana.

A configuração atual das horas relativas à jornada de trabalho demonstra essa constante evolução, sendo que muitos direitos são

relativamente recentes devido à sua implementação na Constituição Federal de 1988. Ademais, é importante ressaltar que, mesmo com a aquisição de diversos benefícios e garantias, a luta dos trabalhadores por melhores condições nunca chegará a um fim. A batalha incessante enfrentada por essa classe é a de não apenas lutar por mais direitos, mas também de lutar para manter os que já foram adquiridos através de séculos de conflitos. Nesse contexto, um exemplo de direito pelo qual os trabalhadores terão que lutar para reaver é as horas “in itinere”, que representavam um apoio para a grande quantidade de tempo despendida pelo empregado no trajeto até o local de trabalho de difícil acesso.

Historicamente, observa-se que, em escala global, existem diversas forças econômicas e políticas que representam barreiras para o progresso social do Direito do Trabalho. No Brasil, esse cenário não se mostra diferente. Um dos melhores exemplos que demonstram essa situação é a Lei 13.467/17, mais conhecida como Reforma Trabalhista de 2017, a qual revogou ou alterou diversos benefícios conquistados pelos empregados ao longo dos anos. Nessa alteração da CLT, houve a revogação das horas “in itinere” o que, para muitos estudiosos, é um ato considerado inconstitucional por ferir princípios como o da dignidade da pessoa humana, além de ir na contramão da evolução dos direitos trabalhistas. No geral, a reforma pode ser vista como um grande atraso, um retrocesso social e judicial, o qual levará anos para ser revertido e superado. Em outras palavras, é válido dizer que a Reforma Trabalhista de 2017 beneficiou mais o empreendedor do que o próprio empregado.

Portanto, observa-se uma clara tendência de desregulamentação, o que pode comprometer de maneira preocupante o futuro do Direito do Trabalho. O neoliberalismo econômico tem criado uma grande variedade de novas relações de trabalho devido às

demandas da atualidade e o surgimento de empresas de plataforma digital. Com isso, o capitalismo impõe novas práticas de exploração e exige redução de direitos para poder maximizar os lucros, o que gera uma precarização do trabalho. A partir disso, é preciso que haja uma análise profunda sobre o rumo do direito dos trabalhadores para que se possa repensar o futuro do Direito do Trabalho e defender a parte mais frágil da relação empregatícia, o empregado, evitando, assim, abusos e retrocessos.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Leda. Mais mudanças no emprego. **Revista UOL Economia**. São Paulo, 2019.

AREASEG.COM. **Introdução à segurança do trabalho em perguntas e respostas**. Disponível em: <<http://areaseg.com/seg/>>. Acesso em: 29 de maio. 2020.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 10 de jun. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 de jun. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Jurisprudências. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/78205038/recurso-de-revista-ag-rr-105171520165030028?ref=serp>>. Acesso em: 13 de jun. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 90. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM90>. Acesso em: 07 de jun. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 366. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-366>. Acesso em: 02 de jun.2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 429. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-429>. Acesso em: 02 de jun. 2020.

BRISTOT, Wilson Menegon. **Introdução à engenharia de segurança do trabalho**. Criciúma, Santa Catarina: UNESC, 2019.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à reforma trabalhista**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FRANZESE, Eraldo Aurélio Rodrigues. **Reforma Trabalhista: tempo de deslocamento**. Disponível em: <<http://blogs.tribuna.com.br/direitodotrabalho/2017/05/reforma-trabalhistatempo-de-deslocamento/>>. Acesso em: 01 de jun. 2020.

IPOG. **Reforma Trabalhista acaba com o pagamento das horas in itinere**. Disponível em: <<https://blog.ipog.edu.br/direito/reforma-trabalhista-acaba-com-o-pagamento-de-horas-in-itinere/>>. Acesso em: 05 de jun. 2020.

KLIPPEL, Bruno. **Comentário as súmulas do TST**. Disponível em: <<https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/comentarios-as->

sumulas-do-tst-parte-10- estudos-para-os-trts/>. Acesso em: 12 de jun. 2020.

LIMA, Jéssica Borchardt da Silva. Reforma trabalhista: flexibilização ou retrocesso legal?. In: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região**. v. 64, n. 97. 2018

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUNES, António José Avelãs. **As voltas que o mundo dá: reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social**, São Paulo: Lumen Juris, 2011.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 10 de jun. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 de jun. 2020.

MARX, Karl. **O Capital**. Vol. 2. 3ª edição, São Paulo, Nova Cultural, 1988.

SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. **Convenções da OIT e outros tratados**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007. 645p.

VILLATORE, Marco Antônio César; ALMEIDA, Ronald Silka de. A Encíclica "Rerum Novarum" e sua importância em relação à Organização Internacional do Trabalho. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Curitiba, PR, v. 6, n. 59, p. 66-85, maio 2017.

GRUPO DE TRABALHO V:
*Direito Previdenciário e Seguridade
Social*

**NOVOS TRABALHOS NO BRASIL E NO MUNDO:
A REALIDADE DOS REFUGIADOS, SUA
CONTRIBUIÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO
E A NECESSIDADE DE INCENTIVOS FISCAIS**

***NEW JOBS IN BRAZIL AND AROUND THE WORLD:
THE REALITY OF REFUGEES, THEIR
CONTRIBUTION IN THE LABOR MARKET AND
THE NEED FOR TAX INCENTIVES***

*Carina Alamino Trida*³¹⁹
*Alexandre Fontana Berto*³²⁰

RESUMO

A humanidade, dia-a-dia, deixa de lado suas fronteiras e, fatos acontecidos do outro lado do oceano, impactam, inegavelmente nossas vidas. E a situação e as dificuldades dos refugiados são provas disso. Não bastassem os problemas vivenciados e que os levaram a sair de seus países de origem, muitos ainda são os problemas que ainda estão por vir quando os refugiados chegam ao país de acolhida. Um deles, ponto central do presente estudo, é a reintegração ao mercado de trabalho que vai do preconceito ao desconhecimento, passando pela necessidade de incentivos aos empregadores. O que se busca aqui é, ainda que de forma sucinta, demonstrar a realidade na contratação

³¹⁹ Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – FDRP/USP. E-mail: carinatrida19@gmail.com.

³²⁰ Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino. Doutorando em Filosofia do Direito da PUC-SP. Professor dos cursos de graduação do Centro Universitário Padre Albino. E-mail: alexandre@rossieberto.adv.br.

desses profissionais e os desafios enfrentados tanto pelos refugiados quanto pelos empregadores, principalmente no que tange ao oferecimento de incentivos às empresas privadas.

Palavras-chave: Refugiado. Mercado de trabalho. Incentivos à iniciativa privada.

ABSTRACT

Humanity, daily, leaves its borders aside and, events that happened on the other side of the ocean, undeniably impact our lives. And the refugee situation and difficulties are proof of that. If the problems experienced and which led them to leave their countries of origin were not enough, there are still many problems that are yet to come when refugees arrive in the host country. One of them, the central point of this study, is the reintegration into the job market, which ranges from prejudice to ignorance, through the need for benefits for employers. What is sought here is, succinctly, demonstrate the reality in hiring these professionals and the challenges faced by both refugees and employers, especially regarding to offering incentives to private companies.

Keywords: Refugee. Labor market. Incentives for private initiative.

INTRODUÇÃO

“Sinto-me em casa em qualquer lugar, embora não haja um lugar que eu possa chamar de lar.”
(Zygmunt Bauman)

Desde o início da civilização que o lar é considerado um lugar sagrado, um refúgio. E não é diferente quando se trata de lar enquanto nação, local de tradições e raízes históricas e culturais.

No entanto, a realidade mundial depois de tantos séculos e da intolerância de seus membros acabou por deixar muitos homens,

mulheres e crianças, como nas palavras acima de Zygmunt Bauman, sem um lugar a que pudessem chamar de lar.

Nessa perspectiva, encontram-se os refugiados.

Os problemas por eles enfrentados saltam aos olhos. São milhares os que tentam encontrar um lugar onde possam se restabelecer em segurança. Muitos não conseguem escapar, outros pagam com a própria vida. Aos que chegam em território estranho, começa mais uma missão: ser, de fato, integrado à nova sociedade.

Os dessa batalha são os mais variados: dificuldades com o idioma e com as diferenças culturais, falta de informação, complicações para se conseguir uma oportunidade de trabalho.

Não bastasse tudo isso, a desinformação por parte da sociedade é latente, prejudicando, a retomada da vida para dos refugiados. Ainda há a falta de divulgação de incentivos para que empresas possam sentir-se estimuladas a efetivar tal contratação.

No presente trabalho, inicialmente, aborda-se o contexto da situação de refúgio, com as dificuldades enfrentadas pelos refugiados. A seguir, analisa-se a participação dos refugiados no mercado de trabalho e a visão das empresas e empregadores quando se trata da contratação desses trabalhadores. Em um terceiro momento, busca-se demonstrar a existência de práticas de sucesso e a necessidade de incentivos às empresas para a efetivação da integração dos refugiados ao mercado de trabalho nacional e internacional. Para tanto, buscou-se informações e dados em páginas oficiais na Internet, bem como a análise de legislação e doutrinas pertinentes ao tema.

1 A VIDA DOS REFUGIADOS E A BUSCA PELA INTEGRAÇÃO SOCIAL

No contexto acima, de fuga, violência e desrespeito um termo se torna bastante comum: refugiado.

A nota introdutória da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951), esclarece que refugiados são os que por medo de perseguição, seja por questões de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política, se veem impedidos de retornar à seus países de origem³²¹.

A ACNUR - Escritório do Alto Comissariado da ONU para os Refugiados - esclarece que o termo refugiados se refere àqueles que “estão fora de seus países de origem por fundados temores de perseguição, conflito, violência ou outras circunstâncias que perturbam seriamente a ordem pública”.

Segundo a página oficial do ACNUR, até 2019, cerca de 70,8 milhões de pessoas se deslocaram, deixando para trás seu países de origem em busca de refúgio, o que demonstra um aumento de mais de 2 milhões de refugiados se comparado com o relatório do ano de 2017.³²² Aproximadamente 2/3, são cidadãos da Síria, Afeganistão e Sudão do Sul. Ainda pelos dados divulgados pelo ACNUR, os três países que mais tem recebido refugiados no mundo são Turquia, Paquistão e Uganda.

³²¹ A refugee, according to the Convention, is someone who is unable or unwilling to return to their country of origin owing to a well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group, or political opinion

³²² <https://nacoesunidas.org/numero-de-pessoas-deslocadas-no-mundo-chega-a-708-milhoes-diz-acnur/> Acesso em 10 ago.2020

Esses números, se analisados os dados obtidos no ano de 2018, nos dão a média de 37 mil pessoas que se viram obrigadas a se deslocar em busca de abrigo em um período de um ano.

O CONARE – Comitê Nacional para os Refugiados – órgão vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, cujo objetivo é deliberar sobre o reconhecimento da condição de refugiado no Brasil, em relatório divulgado na 4ª edição do trabalho “Refúgio em números”³²³ aponta dados obtidos no ano de 2018: 11.231 pessoas foram reconhecidas na condição de refugiados em território nacional, enquanto 161.057 solicitações de reconhecimento ainda estão em análise.

Necessária, aqui, uma observação. A condição de refugiado em um país, e nesse caso, especificamente no Brasil, não se dá com a simples chegada dos deslocados ao território por eles escolhido.

Segundo dispõe a Lei 9.474/97, que define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, será reconhecido como refugiado, segundo o artigo 1º, aqueles que “devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queiram acolher-se à proteção de tal país”.

JUBILUT (2014) salienta que, além do ACNUR e do CONARE, os refugiados contam com o trabalho das Cáritas Arquidiocesana e da Polícia Federal para requerer o refúgio, que é gratuito e em caráter de urgência, consoante disposto no artigo 47 da Lei 9.474/97.

³²³ https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2019/07/Refugio-em-nu%CC%81meros_versa%CC%83o-23-de-julho-002.pdf. Acesso em 19 ago.2020

Estando em território nacional, o refugiado deve se dirigir à Delegacia da Polícia Federal ou alguma autoridade migratória na fronteira, não podendo ser deportado uma vez que sua vida ou liberdade estariam ameaçadas.

Após a solicitação e os procedimentos necessários, inclusive com entrevista dos refugiados, aprovado o pedido de reconhecimento, o refugiado deve se dirigir à sede da Polícia Federal, onde lhe será entregue o RNM - Registro Nacional de Migratório - e, poderá solicitar a Carteira de Trabalho e Previdência Social definitiva.

1.1 Os refugiados e os órgãos de proteção internacional e nacional

Como apontado acima, é inconteste a presença dos refugiados e as dificuldades pelas quais esses cidadãos passam ao se verem compelidos a deixar seus países. E tal fato não tem passado despercebido pelos órgãos nacionais e internacionais.

A Organização das Nações Unidas – ONU, como disposto em sua página oficial, busca um mundo “pacífico e próspero”, no qual “as pessoas podem se sentir seguras e protegidas em suas casas, com suas famílias e em suas comunidades”, sentindo-se “confiantes em seu país, com sua cultura e na família das nações e dos povos” do planeta.

Nessa perspectiva, além do auxílio aos refugiados, a ONU oferece amparo aos apátridas com missões de paz, como as ações realizadas pela Comissão Permanente Interagencial (IASC), que reúne as principais agências humanitárias, dentro e fora do sistema das Nações Unidas, na tentativa de garantir aos deslocados moradias, água, comida e saneamento básico.

São mobilizados também programas como o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), o Fundo das Nações Unidas para a Infância - UNICEF e também a OMS - Organização

Mundial da Saúde, além de programas pontuais como é o caso da Agência das Nações Unidas de Assistência aos Refugiados da Palestina (UNRWA).

Não se pode olvidar o papel da OIT - Organização Internacional do Trabalho, como se observa na Convenção nº 97 da OIT e também no documento Recomendacion 205: “Recomendación sobre el empleo y el trabajo decente para la paz y la resiliencia”, no qual se reconhece a importância do trabalho e do emprego para a promoção da paz e resiliência.

Assim, intenta-se, ao menos em questões como moradia, alimentação, saúde e emprego, garantir condições para que os refugiados possam (re) iniciar suas vidas em um novo país.

1.1 Os refugiados e os órgãos de proteção internacional e nacional

Muitas são as dificuldades enfrentadas pelos refugiados.

Primeiro, para chegar ao território de acolhida, uma vez que as decisões de abandonar seu país precisam ser tomadas em caráter de urgência.

Segundo, com relação ao idioma. É indiscutível a importância da comunicação, mais ainda quando o fazer-se entender é tão urgente. Ao chegar nos países de acolhida, o refugiado não tem, via de regra, domínio do idioma do país em que está o que torna ainda mais delicada sua situação.

Somado a isso, estão as dificuldades em encontrar moradia e também oportunidades de acesso ao mercado de trabalho, esse último, muitas vezes por desinformação das empresas e empregadores conforme será abordado.

2 O MERCADO DE TRABALHO E A IMPORTÂNCIA DE INTEGRAÇÃO

O trabalho, fundamental em qualquer lugar do mundo e em qualquer nação, tem sido questão de enorme relevância.

Desde 1948, com a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, se vislumbra a importância de garantir ao homem o direito ao trabalho em condições dignas, exercendo livremente suas funções e recebendo remuneração pelo trabalho executado como observado no artigo XIV de referida lei.

A Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), no artigo XXIII, prevê que “todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego”.

O que se observa é que nenhuma das duas normas acima, se limita a garantir o direito ao trabalho somente a cidadãos nacionais afastando esse direito dos apátridas ou refugiados, o que deixa clara a intenção de ambas as declarações de garantir o direito ao trabalho a todas as pessoas em todos os povos.

E nessa perspectiva de conscientização da importância do trabalho para os refugiados, o Brasil também tenta contribuir.

Em louvável ação do ACNUR, foi criada a “Cartilha de Direito Trabalhista para Refugiados no Brasil” que, apresenta em material de fácil leitura, o passo a passo para adentrar ao mercado e trabalho, explicando acerca das normas trabalhistas regidas pela CLT, as formalidades e necessidade de se obter a CTPS, a existência e os riscos do trabalho informal, os tipos de contrato de trabalho, jornada, repouso, entre outros tópicos.

Mas, mesmo com tantas medidas e cuidados, o que se vê pelo mundo, e principalmente no Brasil é que aproximadamente 20% dos

estrangeiros refugiados em território brasileiro estão desempregados, media 8% acima se comparada com o percentual em cidadãos nacionais.

E o que mais impressiona é que esse fato não se dá por falta de proteção legal ou qualificação profissional dos refugiados, mas sim, por falta de informação.

2.1 A desinformação como peça chave na falta de contratação de refugiados pelo mercado de trabalho brasileiro

Qualificação profissional, experiência ou disponibilidade em enfrentar o primeiro emprego, proatividade, conhecimento de idiomas, responsabilidade, são tantas as prerrogativas e diferenciais para ingressar ou se manter no mercado de trabalho.

Muitas vezes esses requisitos estão presentes nas qualificações dos refugiados que teriam condições de colaborar com o mercado de trabalho pelo Brasil e pelo mundo.

O documento “Perfil socioeconômico dos refugiados no Brasil”, apresenta números que falam por si só. Em pesquisa realizada com 500 refugiados, distribuídos em 14 cidades nas quais se concentram 94% dos refugiados em território nacional, observa-se que apenas 2,7% dos entrevistados não haviam completado o ensino fundamental, e 34,4% dos informantes concluíram o ensino superior, inclusive com estudos de pós-graduação, especialização, mestrado ou doutorado. Além disso, 92,2% dos entrevistados falam português e mais da metade deles manifestou interesse em dar sequencia nos estudos. Embora qualificados, 133 entrevistados afirmaram que não conseguiram revalidar seus diplomas aqui no Brasil.

O que tem se analisado é que muitos empregadores acabam não contratando ou sequer analisando os currículos dos refugiados,

por acreditarem que a contratação desses profissionais se dê através de processos demorados e burocráticos. Alguns acreditam que tal contratação tenha caráter ilegal, como aponta Ricardo Westin (2019).

Talvez a solução, seria a maior informação acerca de como se efetiva a contratação de refugiados, com a divulgação de projetos sociais no Brasil, como o projeto LAR (Levando Ajuda ao Refugiado), ou o PARR - Programa de Apoio para a Recolocação dos Refugiados, que além de fornecer apoio aos refugiados quando chegam ao país, facilitam o processo de validação de diplomas e a entrada desses trabalhadores no mercado de trabalho através de programas como o “Empoderando Refugiadas II” e “Talentos Invisíveis” (PARR).

Quando bem-sucedidas essas contratações, a satisfação é latente tanto para empregador quanto empregado. De um lado, os refugiados se vem recolocados no mercado de trabalho, o que lhes garante subsistência, além da possibilidade de crescimento pessoal e profissional. Para os empregadores, além de trabalhadores ávidos pela oportunidade de retornar às atividades laborativas, tal contratação agrega competência técnica e educacional, além de diversidade cultural, como salienta Marcelo Torelly, no estudo “Política de Refúgio do Brasil” (2017).

Além disso, relatos de empresas que contrataram refugiados, dão conta de que os chamados *turnover* (percentual de substituição dos funcionários de uma empresa) tem queda considerável em comparação aos demais trabalhadores.

3 PROGRAMAS DE INCENTIVOS FISCAIS PELO MUNDO NA CONTRATAÇÃO DE REFUGIADOS

Conforme observado nos capítulos acima, é necessário informação para que os empregadores se conscientizem da importância da contratação dos refugiados.

Uma questão interessante é com relação à existência de benefícios ou incentivos, principalmente fiscais, oferecidos à iniciativa privada quando da colocação de trabalhadores refugiados em seu quadro de funcionários.

O que se observou no presente estudo é que poucos são os incentivos fiscais oferecidos pelo governo às empresas que realizam a contratação de refugiados. No entanto, algumas ideias foram encontradas e poderiam servir de modelo para outras nações. Nem sempre por iniciativa do Estado.

Uma delas é o programa firmado entre o Ministério do Trabalho e Segurança Social da Costa Rica e o ACNUR . Denominado “ Vivir la Integración ”, o programa incentiva a contratação de refugiados ou solicitantes de condição de refugiados no país objetivando oferecer oportunidades para melhorar a qualidade de vida dessas pessoas através da melhoria de suas habilidades e capacidades técnicas.

Além de obter o selo “Vivir la Integración”, que confere o certificado de empresas responsáveis e cumpridoras de direitos humanos, a ACNUR dará subsídio para a ocorrência dessas contratações. Estima-se que o valor desse subsídio poderia chegar à U\$869,00 dólares por cada empregado refugiado.³²⁴

³²⁴ http://www.mtss.go.cr/prensa/comunicados/2018/agosto/cp_039_2018.html
Acesso em 27 ago.2020

Outro programa a ser destacado e que conta com a ajuda federal é o “WOTC - Work Opportunity Tax Credit” (em uma tradução livre, Crédito Fiscal de Oportunidade de Trabalho). Em referido programa criado pelo governo norte-americano, as empresas que contratam refugiados, podem, respeitados alguns critérios, ser beneficiados para receber créditos de impostos federais ao efetivarem a contratação de refugiados.

Na verdade, o WOTC é oferecido às empresas que contratem empregados que pertencem a grupos que geralmente enfrentam dificuldades e barreiras para a entrada no mercado de trabalho. Os membros desse grupo são beneficiários de programas de assistência social e financeira como o o TANF - Temporary Assistance for Needy Families (Assistência Temporária para Famílias Carentes) e também auxílio refeição pelo SNAP - Supplemental Nutrition Assistance Program (Programa de Assistência Nutricional Suplementar).

O que ocorre é que ao chegarem nos Estados Unidos, os refugiados recebem assistência desses programas, o que acaba, por equiparação, os enquadrando no grupo de trabalhadores cuja contratação ensejaria a concessão dos benefícios WOTC.

É inegável que esse incentivo fornecido aos refugiados pode aumentar consideravelmente a contratação desses trabalhadores que se encontram em um momento de tamanha vulnerabilidade. Um exemplo dessa realidade, por exemplo, são as boas ações desenvolvidas pela cafeteria Starbucks.

Conforme comprometimento publicado em sua página oficial, a empresa planeja contratar 10.000 refugiados até o ano de 2022, nas localidades onde a rede tem suas lojas.

No que diz respeito ao Brasil, embora ainda não consolidadas, algumas medidas de incentivo vem sendo estudadas para estimular a contratação de refugiados por empresas privadas nacionais. É o que se

observa no documento Política de Refúgio do Brasil, já mencionado anteriormente.

Em referido documento, são apresentadas propostas de incentivos fiscais, custeados pelo governo em parceria com o Sistema Nacional de Emprego, baseadas em experiências positivas como as desenvolvidas na Suécia pelo programa “Step-in”, no qual o empregador recebe 80% de subsídio para o pagamento de salários dos funcionários refugiados, e o programa realizado em Munique, Alemanha, que premia os três melhores projetos que demonstrem êxitos nos esforços econômicos e sociais despendidos junto aos refugiados, com o valor de 1.000 euros a cada um dos vencedores.

Investimento e incentivos fiscais à iniciativa privada, divulgação de boas ideias, desmistificação da concepção de que a contratação de refugiados pode ser ilegal ou burocrática, podem ser as melhores e mais efetivas medidas para que o mercado de trabalho se abra para esses novos trabalhadores, dando aos refugiados oportunidade de movimentar a economia dos países que os acolheu e, de fato, iniciarem uma nova vida.

Somente assim, os refugiados serão acolhidos e restarão, no que concerne à nação brasileira, cumpridos os preceitos constitucionais estendidos à todos aqueles, nacionais ou não, que estejam em situação de desamparo, respeitando o previsto no artigo 6º da Constituição Brasileira, claros em dispor que:

“São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

CONCLUSÃO

Ao analisar a situação e dificuldades que permeiam o caminho dos refugiados na empreitada de recomeçar suas vidas e escrever uma nova história, quatro fatos se fazem presentes.

O primeiro, que o recomeço não é de forma alguma fácil. Há que se estar preparado para conviver as maravilhas e desafios desse mundo tão vasto que começa a se abrir para esses novos cidadãos do mundo.

O segundo, que não só os refugiados precisam se preparar para essa nova realidade, e aqui se enfatiza as relações laborativas. É imperioso que a sociedade como um todo possa se abrir, e se adaptar a essa nova situação.

O terceiro, que a questão dos refugiados não é, e não poderia ser diferente, uma preocupação somente de órgãos de proteção, mas de todos, e principalmente do Estado a quem cabe o papel fundamental de estimular, nos meios que lhe cabe, a contratação dessa força de trabalho.

E por fim, mas não menos importante, a necessidade de divulgação de boas práticas e ações que visem esclarecer dúvidas de empregadores e população em geral, além de um “intercâmbio” dessas iniciativas.

E é assim que as nações, em sua integralidade, garantirão aos deslocados, refugiados e todos que, por violência, ameaças e intolerância deixaram tudo para trás, a oportunidade de novamente terem seus direitos mais essenciais respeitados.

REFERÊNCIAS

ACNUR. **Cartilha de Direito Trabalhista para Refugiados no Brasil.** Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2015/Cartilha_de_direitos_trabalhistas_Brasil.pdf. Acesso em 28.ago.2020.

ACNUR. **Perfil socioeconômico dos refugiados no Brasil.** Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2019/05/Resumo-Executivo-Versa%CC%83o-Online.pdf>. Acesso em 05.ago.2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 ago.2020.

BRASIL. Lei nº 9474, DE 22 DE JULHO DE 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, jul. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19474.htm. Acesso em 28 ago.2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Refúgio em números 4ª edição.** Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2019/07/Refugio-em-nu%CC%81meros-versa%CC%83o-23-de-julho-002.pdf>. Acesso em 19 ago.2020.

CIDH. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. 1948.** Disponível em:

https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_American.a.htm. Acesso em 28 jul.2020.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Procedimento de Concessão de Refúgio no Brasil**. ed Ministério da Justiça. 18p. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team=%7BC728A416-5AA7-476D-B239-CC89FFB36301%7D> Acesso em 29 ago.2020.

MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. **Tercera edición del reto Empléate Vivir la Integración - Programa brindará oportunidades laborales a personas refugiadas**. Costa Rica, 10 ago. 2018.

Disponível em: http://www.mtss.go.cr/prensa/comunicados/2018/agosto/cp_039_2018.html Acesso em 27 ago.2020.

OIT. **CONVENÇÃO 97**. Trabalhadores Migrantes. 1949. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235186/lang-pt/index.htm. Acesso em 28 jul.2020.

OIT. **R205** – Recomendación sobre el empleo y el trabajo decente para la paz y la resiliencia. 2017. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:3330503. Acesso em 30 jun.2019.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf> Acesso em 28.jul.2020.

ONU. **Número de pessoas deslocadas no mundo chega a 70,8 milhões, diz ACNUR**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/numero-de-pessoas-deslocadas-no-mundo-chega-a-708-milhoes-diz-acnur/> Acesso em 10 ago.2020.

TORELLY, Marcelo (org.). **Política de refúgio do Brasil consolidada**. Brasília: Organização Internacional para as Migrações, 2017.

WESTIN, Ricardo. Empresas do país evitam contratar refugiados. **Jornal do Senado**, Brasília, ano XIV, n.690, 2015.

**FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO:
POLÍTICA SOCIAL E SUA RELAÇÃO COM O SISTEMA
ECONÔMICO**

***TIME OF SERVICE GUARANTEE FUND: SOCIAL POLICY
AND ITS RELATIONSHIP WITH THE ECONOMIC SYSTEM***

*Ana Clara Fernandes de Souza*³²⁵

*Raphael Petta da Silva*³²⁶

*Andréia Chiquini Bugalho*³²⁷

*Jair Aparecido Cardoso*³²⁸

RESUMO

Este artigo discute, essencialmente, o papel do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço enquanto uma política social que foi instituída em um contexto de constitucionalismo social pulsante e que, atualmente, está sendo desconfigurado e enfraquecido pela ideologia neoliberal. A

³²⁵ Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Email: ana_souza@usp.br

³²⁶ Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Email: raphaelpetta@usp.br

³²⁷ Mestre em Direito Coletivo e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP), Professora da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito Ribeirão Preto – USP (FDRP/USP); Líder e membro do grupo de pesquisa “Contemporaneidade e Trabalho” da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Líder e membro do grupo de pesquisa “A Transformação do Direito do Trabalho na sociedade pós-moderna e seus reflexos no mundo do trabalho “da FDRP/USP. E-mail: andreiabugalho@gmail.com

³²⁸ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP-USP). Coordenador de do grupo de pesquisa "Transformação do Direito do Trabalho na sociedade pós-moderna e seus reflexos no mundo do trabalho (GEDTRAB FDRP/USP). E-mail: jaircardoso@usp.br.

metodologia proposta nesse estudo consiste na análise de artigos científicos, de revistas e de notícias que proporcionaram o entendimento que relaciona as políticas e direitos sociais às ideologias dominantes que vigoravam em cada época.

Palavras-chave:Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Estado de Bem-Estar Social. Política social. Estado Neoliberal. Direitos Trabalhistas.

ABSTRACT

This paper argues, essentially, the role of the Length-Of-Service Guarantee Fund as a social policy that was instituted in the context of a pulsating social constitutionalism. Today this Fund is being disfigured and weakened by neoliberal ideology. The methodology proposed in this study consists of an analysis of scientific articles, magazines and news that provided the understanding that relates social policies and rights to the dominant ideologies that prevailed in each era.

Keywords:Length-Of-Service Guarantee Fund. Welfare State. Social policy. Neoliberal State. Workers' Rights.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de analisar o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) como uma política social e um direito trabalhista que como tais está inserido na lógica econômica vigente. A pesquisa foi feita com base em artigos científicos, notícias e reportagens capazes de contextualizar os direitos trabalhistas, as políticas sociais e, mais especificamente, o FGTS desde a sua criação até as mudanças feitas no presente momento histórico.

Dessa forma, o estudo que se segue divide-se em seis partes. A primeira é responsável por conceituar o momento político-econômico em que se institui o Estado de Bem-Estar Social e,

consequentemente, as políticas sociais e os direitos trabalhistas. A segunda parte especifica a análise ao dispor sobre o surgimento do FGTS. A terceira parte é construída a fim de relacionar os pontos anteriormente trabalhados e explicar o porquê de o Fundo ser classificado enquanto uma política social, quais as características que fazem com que ele seja entendido dessa maneira. O quarto tópico é encarregado de conceituar o neoliberalismo enquanto ideologia dominante na atualidade e explicar quais mudanças essa nova realidade implica para tudo aquilo que foi construído anteriormente. A quinta parte do trabalho trata especificamente da Reforma Trabalhista de 2017, sua base ideológica e os efeitos para os trabalhadores brasileiros. Como última parte do trabalho tem-se a análise sobre o significado ideológico-econômico da flexibilização do saque e das liberações que o Fundo de Garantia sofreu ultimamente, mudanças essas que se encaixam no contexto econômico vivenciado no presente momento.

1 ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL

No percurso histórico as relações sociais de produção propuseram que determinados direitos devessem ser postulados para que a vida digna em sociedade pudesse ser alcançada. Dessa forma, para explicar essa conexão entre relações sociais de produção e modelo de Estado, começa-se uma retrospectiva histórica a partir do Estado Liberal. Como este não é o objeto desse estudo, conceituar-se-á de forma simples sobre o Estado Liberal apenas para contextualizar o aparecimento do Estado de Bem-Estar Social.

Como resultado das Revoluções burguesas do século XVIII, o Estado Liberal se caracteriza juridicamente a partir das Constituições de mesma classificação. Influenciado pelos ideais burgueses e

iluministas³²⁹, esse momento do Estado-Nação trouxe uma série de princípios necessários para concretizar a cisão *Estado X Sociedade*, algo de extrema importância para o contexto. Com a Revolução e a ascensão da burguesia ao poder, além de uma mudança estrutural no Estado anteriormente estamental, houve a consolidação do chamado Constitucionalismo Liberal Francês. Esse, que teve origem na escola jusnaturalista³³⁰, foi responsável por tratar de direitos relacionados às liberdades individuais que, com pretensão universalista, limitavam a ação do Estado perante aos cidadãos.

Com o Estado Liberal ainda vigente, no Velho Mundo, houve uma mudança estrutural tão grande quanto as trazidas pelas demais Revoluções Burguesas, que acabou por modificar intensamente as relações sociais de produção que existiam até o momento. Antes da Revolução Industrial, que iniciou na Inglaterra expandindo-se para o resto da Europa posteriormente, o trabalhador tinha controle sobre o processo produtivo, o qual era marcado pelo trabalho predominantemente artesanal. A Revolução foi responsável por instituir máquinas no processo produtivo e por dividi-lo, dessa forma, o trabalhador passou a ser apenas uma parte do processo, perdendo a posse dos meios de produção para o burguês; iniciava-se a relação patrão-empregado.

³²⁹ O iluminismo se constitui enquanto uma mentalidade e uma corrente filosófica difundida no século XVIII que constitui-se enquanto uma valorização da razão, da "luz", em oposição ao período anterior, de trevas, ou Idade Média que supervalorizava o pensamento dogmático em detrimento do científico (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1983, págs. 605- 610).

³³⁰ Jusnaturalismo é uma doutrina que postula a existência de um direito natural que é anterior e superior ao direito positivo. Esse pensamento jurídico-político tem suas origens na Grécia Antiga, entretanto acabou ficando mais conhecido por sua versão moderna desenvolvida a partir do século XVIII. Dentre os principais pensadores do jusnaturalismo modernos estão: Hugo Grócio, Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau. (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1983, págs. 655-660)

Com esse novo paradigma vigente, as relações sociais passaram a ser marcadas pela extrema desigualdade instituída pela livre ação do mercado. Uma grande massa de miseráveis, bem como jornadas exaustivas de trabalho e grande desigualdade no acesso ao conhecimento, à saúde, ao transporte e demais quesitos para uma boa qualidade de vida marcaram esse período. Dessa forma, novamente, as relações sociais suplicavam por modificações na estrutura constitucional (e, conseqüentemente, estatal). É nesse contexto que surge o Estado de Bem-Estar Social que, juridicamente, acompanha as Constituições Sociais. (SILVA, 2018, págs. 114 -121).

Acerca do marco de início do Estado de Bem-Estar Social existem várias teorias explicativas, entretanto predominava um certo consenso quanto ao fato de esse modelo ter simbolizado um elemento estrutural ao desenvolvimento do capitalismo contemporâneo. A industrialização mexeu com a estrutura da sociedade até então existente, sociedade essa que não avançaria tecnologicamente com tamanha exploração e desigualdade então cravadas pelas consequências da industrialização.

Como uma resposta às propostas vindas de ideologias comunistas³³¹ que visavam o fim do sistema vigente, esse modelo de Estado se constitui enquanto uma mudança estrutural necessária para a continuidade do capitalismo como sistema econômico. Dessa forma, as políticas sociais foram uma condição para que o progresso tecnológico continuasse a acontecer.

³³¹ Comunismo é um termo usado para caracterizar várias teorias que foram construídas ao longo do tempo. Entretanto, no contexto em questão, a teoria referida é a do comunismo marxista. A teoria, de forma muito simplista, prevê a superação do modo de produção capitalista para um modelo de sociedade mais igualitário. (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1983, págs. 204-210).

Nesse sentido, o historiador Pierre Rosanvallon ressalta que os primeiros elementos de políticas sociais surgiram na Alemanha por volta de 1870. Seguro doença, proteção contra acidentes de trabalho e seguro velhice e invalidez eram algumas dessas políticas já presentes no país em 1889 (NOGUEIRA, 2001, pág. 90).

Um marco importante também na constituição do Estado de Bem-Estar Social são os anos 20 e 30. Nesse período entreguerras ocorreu a crise de 1929 que teve como epicentro os Estados Unidos da América (país que já representava um importante centro econômico à época). A grande crise, devido às interligações econômicas de codependência entre os países, acabou por provocar em todo o mundo ocidental um agravamento na situação dos trabalhadores gerando altos índices de desemprego e miséria. Dessa forma, o período seguinte que constituiu o *Welfare State*³³² nos Estados Unidos, foi marcado pela presença de políticas para geração de empregos, pela criação de estruturas administrativas especializadas na gestão de serviços sociais e pelos auxílios aos mais vulnerabilizados economicamente. (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1983, pág. 417).

Esse modelo de Estado, portanto, se caracteriza pelo início de uma nova forma de solidariedade social. Nessa perspectiva, os programas sociais são de cunho universalizante. Existe uma certa apropriação dos conceitos elaborados nas teorias comunistas, de uma forma mais branda: como existe uma classe que é majoritária e que está participando ativamente da produção de riqueza do país, essa riqueza será devolvida nas formas de políticas sociais para esta classe. Assim, são as políticas sociais que aparecem nesse momento àquelas relacionadas a saúde, educação, trabalho e habitação que passam a ser entendidos enquanto direitos políticos universais. Em termos de

³³² Expressão que designa o Estado de Bem-Estar Social nos países anglófonos.

composição social, ocorre uma transição de uma sociedade rural para uma sociedade de classe média (NOGUEIRA, 2001, pág. 99).

O Constitucionalismo Social, que marca esse período, veio instituir normas relativas aos direitos prestacionais, justiça e assistência social, direitos trabalhistas e liberdades sociais. A primeira constituição que trouxe o princípio da igualdade como guia das normas foi a Constituição Mexicana de 1917, entretanto, a constituição desse modelo que influenciou o constitucionalismo brasileiro foi a Constituição Alemã (ou de Weimar) de 1919.

Continuando a considerar como parâmetro os acontecimentos no velho mundo, ainda na vigência dos Estados de Bem-Estar Social surge o fenômeno do nazifascismo. Esses Estados Totalitários, como foram chamados posteriormente, eram também Estados Sociais, visto que tinham, por exemplo, normas protetivas aos trabalhadores. Essa tendência teve grande influência nessa época, sendo inclusive inspiração para o Estado Social getulista que vigorava no Brasil.

A primeira Constituição Social brasileira foi a de 1934. Nela, apesar das cartas ditatoriais; direitos políticos, econômicos, sociais e relativos à nacionalidade foram instituídos. Nota-se também, nesse mesmo Estado Social, a presença, a partir de 1943, da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), responsável por compilar os direitos trabalhistas no Brasil.

Nessa lógica, considerando as atrocidades que foram cometidas dentro de Estados Sociais, a comunidade internacional atentou-se para a necessidade de novos direitos, dessa vez, um modelo constitucional que se prevenisse de alguma forma contra Estados Totalitários. O Constitucionalismo Democrático veio instituir os direitos à paz, ao desenvolvimento, à comunicação social, ao meio-ambiente, à conservação do patrimônio histórico-cultural e ao multiculturalismo. A constituição (ou lei com poderes de constituição)

exemplo desse modelo foi promulgada em 1949 na Alemanha, a Lei Fundamental de Bonn. (SILVA, 2018, págs. 114-121).

Quanto ao Brasil, pode-se afirmar que a Constituição Federal de 1988 (CF/1988) foi a que instituiu o Estado Democrático de Direito no país (como afirmado em seu Art. 1º). Nossa Constituição atual continua instituindo um Estado de Bem-Estar Social³³³, principalmente se a análise for feita a partir de seu Art. 5º, o qual elenca inúmeros direitos sociais universais e protetivos conquistados no contexto histórico explorado nesse estudo. Entretanto, desde a instituição dessa Constituição se percebe uma contradição, na prática, dos princípios elencados na Carta Magna, discussão que será aprofundada posteriormente neste estudo.

2 O SURGIMENTO DO FGTS

Atualmente, conceitua-se o FGTS como uma espécie de poupança realizada pelo empregador em favor do trabalhador e que poderá ser sacada apenas em hipóteses previstas em lei. (MARTINS apud GARCIA, 2017, pág. 480). Entretanto, antes de se constituir como é hoje, o FGTS, que na verdade nasceu como uma alternativa a uma política social criada na exata época que foi contextualizada anteriormente (CLT/1943), já passou por várias mudanças. Deste

³³³ É importante também se atentar ao fato de que tanto o modelo do Estado Liberal, como o modelo de Estado Social, e os demais modelos subsequentes, são modelos ideais de categorização para estudo. Ou seja, são um conjunto de conceitos que quanto presentes como objetivos a serem seguidos por uma política em um determinado Estado, caracterizam o viés ideológico dessa instituição. Entretanto, é impossível afirmar que existiu um Estado de Bem-Estar Social com todas as características do modelo no Brasil. O que se chama de Estado de Bem-Estar Social brasileiro é uma conjuntura de políticas e normas que tinham como objetivo alcançar essa estrutura ideal.

modo, apresentar-se-á, a seguir, um breve histórico sobre a constituição dessa política ressaltando suas principais alterações

A CLT de 1943 consagrava o princípio da estabilidade no emprego. O empregado que estivesse na mesma empresa por 10 anos conquistava a estabilidade e, assim, só podia ser demitido por justa causa (falta grave ou dificuldades efetivamente comprovadas pela empresa) ou mediante indenização por tempo de serviço, a qual era calculada com base no maior salário já recebido pelo trabalhador na empresa em questão. Posteriormente, em 1966, quando vigorava o Regime Civil-Militar no Brasil, criou-se através da Lei 5.107 o FGTS (que só se aplicava aos trabalhadores urbanos) como uma alternativa à medida criada na Era Vargas. O empregado ao optar pelo regime do FGTS abria mão automaticamente dos direitos à indenização e à estabilidade por tempo de serviço que prevaleciam anteriormente.

A lei nº 5.107 determinava detalhadamente como ocorreria o regime, de forma a indicar a abertura de conta bancária para o depósito mensal do valor que se tornaria FGTS, assim como a porcentagem em relação ao salário e a porcentagem adicional caso houvesse demissão sem justa causa para àqueles que já estavam no referido emprego antes de optarem pelo sistema FGTS³³⁴. No contexto seguinte a aplicação da referida lei, a opção pelo FGTS foi muito bem recebida pelos empregadores e acabou sendo adotada na maior parte das vezes em detrimento da opção original apresentada na CLT. Foi então que a Constituição de 1967 (CF 1967), art. 158, passou a prever

³³⁴ A súmula 54 do TST de 1974 dispõe sobre o tema: “Optante. Rescindindo por acordo seu contrato de trabalho, o empregado estável optante tem direito ao mínimo de 60% (sessenta por cento) do total da indenização em dobro, calculada sobre o maior salário percebido no emprego. Se houver recebido menos do que esse total, qualquer que tenha sido a forma de transação, assegura-se-lhe a complementação até aquele limite”.

"estabilidade, com indenização ao trabalhados despedido, ou fundo de garantia equivalente"³³⁵.

Por fim, em 1988, com a promulgação da CF/1988, o regime FGTS passou a ser obrigatório (como é até hoje) junto aos demais direitos básicos do trabalhador (e estendendo-se ao trabalhador rural³³⁶) (GARCIA, 2017, págs. 477 - 480). E em 1990 foi promulgada a lei nº 8.036 - responsável por revogar a lei original de criação do fundo, lei nº 5.107 - que dispõe sobre o FGTS e dá outras providências. Essa lei prevalece até hoje, e dispõe acerca do da forma de funcionamento do FGTS, explicando quais saldos irão incorporar o fundo além de instituir um Conselho Curador e um gestor de aplicação dos recursos constituídos a partir FGTS.

3 FGTS COMO POLÍTICA SOCIAL

O FGTS hoje é formado por depósitos compulsórios mensais que são realizados pelos empregadores em contas impenhoráveis que estão no nome dos empregados. Tais depósitos devem ser realizados até o dia 7 de cada mês no valor correspondente a 8% da remuneração

³³⁵ Devido à dificuldade de adaptação relativa a uma norma que era aplicada há tanto tempo (a original da CLT), em 1980 a TST pacificou o entendimento do tema com a redação da súmula 98 que dispunha: "a equivalência entre os regimes do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e da estabilidade prevista na CLT é meramente jurídica e não econômica, sendo indevidos valores a título de reposição de diferenças" (excluindo a possibilidade de o empregado possuir um direito a diferenças em relação ao eventual valor de indenização por tempo de serviço caso optasse pelo regime FGTS).

³³⁶ A respeito dessa mudança, em 2016 o STJ elaborou a súmula 578 "empregados que laboram no cultivo da cana-de-açúcar para empresa agroindustrial ligada ao setor sucroalcooleiro detêm a qualidade de rurícola, ensejando a isenção do FGTS desde a edição da Lei Complementar n.º 11/1971 até a promulgação da Constituição Federal de 1988".

paga ou devida, no mês anterior, a cada trabalhador. Essa remuneração, além do salário que deve compreender o sustento dos direitos básicos do trabalhador, é composta pelas gorjetas a receber e pela gratificação de Natal. As informações estão na Lei nº 8.036 de 1990.

Além disso, dispõe os arts. 15 e 16 da referida lei que são entendidos enquanto trabalhadores que possuem o direito ao FGTS toda pessoa física que prestar serviços a empregador, a locador ou tomador de mão-de-obra. Ainda estão inclusos os trabalhadores domésticos que poderão ter acesso ao regime FGTS caso os empregadores optem pelo recolhimento e àqueles com cargo de diretoria caso estejam equiparados internamente aos demais trabalhadores. Estão excluídos do regime os eventuais, os autônomos e os servidores públicos civis e militares sujeitos a regime jurídico próprio.

Ao analisarmos a história do surgimento do FGTS, é possível entender que este foi criado com o objetivo de proteção àquele trabalhador que havia perdido o emprego. Entretanto, há de se pontuar que o sistema do FGTS se tornou uma política social complexa. Assim, atualmente as possibilidades de saque do FGTS que estão dispostas no art. 20 da Lei mencionada são amplas e incluem caso de doença grave, câncer, ou HIV relativo ao trabalhador ou qualquer um de seus dependentes, além pagamento de parte das prestações decorrentes de financiamento habitacional e, claro, o objetivo original de demissão sem justa causa, entre outras hipóteses.

Quanto à aplicação do FGTS, esta confirma o caráter do Fundo enquanto uma política social útil e necessária. O dinheiro do fundo é utilizado em diversas áreas contribuindo para a geração de empregos, bem como para a concretização do direito à moradia digna e à cidade,

ambos os quais têm previsão constitucional³³⁷. Desse modo, a dinâmica realizado pelo FGTS se constitui enquanto uma política social de suma importância para a vida digna de inúmeros trabalhadores que são assistidos pelas políticas de habitação, saneamento básico, infraestrutura e geração de empregos que são estruturadas a partir da poupança gerada pelo FGTS. (DIEHL; TRENNEPOHL, 2011, pág. 66).

Até 1º de janeiro de 2019³³⁸, o FGTS funcionava da seguinte forma, de acordo com a Lei nº 8.036 de 1990: existe um Conselho Curador, que era presidido por um representante do Ministério do Trabalho e da Previdência Social - MTE, composto por representação de trabalhadores, empregadores e órgãos e entidades governamentais, na forma estabelecida pelo Poder Executivo. O Ministério das Cidades exercia a função de Gestor de Aplicação e a Caixa Econômica Federal - CEF constitui-se enquanto agente operador do fundo, ao qual compete administrar praticamente a aplicação do fundo de acordo com o que for decidido pelo Conselho Curador.

A Lei determina que no mínimo 60% do total de recursos do FGTS seja destinado à habitação popular. Um estudo que analisa o período de 2002 a 2009 revelou que o percentual aplicado na referida área ultrapassou o valor mínimo, sendo que o Programa Minha Casa Minha Vida foi responsável por elevar consideravelmente a

³³⁷ A Constituição Federal de 1988 dispõe sobre o direito social à moradia em seu artigo 6º, bem como no art. 7º, inciso IV, que trata sobre o rol dos direitos básicos dos trabalhadores. Quanto ao direito à cidade, este não está disposto literalmente no documento Constitucional, entretanto é possível interpretar que há uma série de dispositivos responsáveis por constituí-lo implicitamente, como o art. 182 que ressalta a importância da função social da cidade como uma política de desenvolvimento.

³³⁸ As mudanças feitas a partir de 2019 serão exploradas nos tópicos seguintes deste estudo.

destinação dos recursos para essa área a partir de 2009 (DIEHL; TRENNEPOHL, 2011, págs. 73-74). Além disso, a área de saneamento básico e infraestrutura também teve seus anos de maior investimento, o estudo mostra que no ano de 2004, por exemplo, o percentual destinado a saneamento básico e infraestrutura chegou a ser de 35,13% (DIEHL; TRENNEPOHL, 2011, pág. 73).

A respeito disso, atear-se-á mais aos programas habitacionais devido à importância destes quando relativos à aplicação do Fundo discutido. Os programas de habitação que são financiados pelos recursos do FGTS, no geral, são voltados à diminuição da taxa de juros, ao aumento da porcentagem do valor financiado e ao aumento da quantidade de parcelas. Ou seja, medidas que facilitem a aquisição da casa por aquelas famílias mais vulneráveis economicamente.

Ao longo dos anos, foram vários os programas que surgiram por meio da aprovação do Conselho Curador do FGTS, cada um com foco em uma população diferente, mas todos com o mesmo objetivo de ampliar o número de brasileiros com casa própria.

Os primeiros programas que usaram esses fundos a serem destacados aqui foram o Carta de Crédito e o Pró-Moradia, ambos surgiram em 1995 através das Resoluções nº 184 e nº 181, respectivamente. O Carta de Crédito era dividido em duas vertentes, uma individual que destinava recursos para financiamento de casas em áreas urbanas e rurais e uma associativa que financiava grupos de pessoas em Companhias de Habitação (COHAB) ou Entidades Privadas. Já o Pró-Moradia, que teve orçamento encerrado em 2015, auxiliava financeiramente os Estados, Municípios e Distrito Federal a desenvolver ações que compunham políticas urbanas para melhorar o acesso à cidade da população de baixa renda. (CUBERO; MENDONÇA, 2020, págs. 8-9).

Em seguida, em 1996, por meio da Resolução nº 238, foi criado o programa de Apoio à Produção que financiava pessoas jurídicas do ramo da construção civil as quais possuíam empreendimentos habitacionais direcionados à população alvo. Em 2007 foi criado o Pró-Cotista através da Resolução nº 542 o qual financiava os trabalhadores que recolhiam FGTS e que acabavam excluídos dos outros programas em razão dos limites de renda salarial. (CUBERO; MENDONÇA, 2020, págs. 8-9).

Por último, é importante focar no mais relevante deles que foi o Programa Minha Casa Minha Vida, o qual mudou completamente o alcance dessas políticas habitacionais. Por mais programas que existissem, todos eles tinham um problema em comum: para ter acesso aos descontos, era necessário obtenção de financiamento, o que acabava impedindo que as famílias realmente mais pobres, que não conseguiam tomar crédito, conseguissem usufruir dos programas.

Criado através da lei nº 11.977 em 2009, o Programa Minha Casa Minha Vida foi responsável por ampliar o acesso a crédito, bem como permitir a utilização conjunta dos recursos do FGTS e do Orçamento Geral da União para conceder subsídios. A partir dele, moradias podiam ser 100% subsidiadas para as famílias de até 3 salários mínimos que antes não conseguiam ter acesso aos outros programas. Além disso, os outros programas de habitação popular tiveram suas diretrizes alteradas graças ao Minha Casa Minha Vida que permitiu a operacionalização de novos descontos financeiros. (CUBERO; MENDONÇA, 2020, pág. 10).

O impacto do PMCMV na concessão de descontos financeiros se evidencia pelos números: de 1999 até 2002 foram concedidos cerca de R\$ 3,2 bilhões; de 2003 até 2010, R\$ 24,4 bilhões, e atingiu R\$ 66,8 bilhões entre 2011 e 2017. Além disso, considerando os anos de 2009 até 2017, os descontos enquadrados no PMCMV corresponderam em média a 81% do total de

descontos concedidos pelo FGTS. (CUBERO; MENDONÇA, 2020, pág. 11)

Esses dados são importantes também quando analisada a geração de emprego no Brasil referente às áreas as quais os recursos foram destinados. O estudo mencionado anteriormente aponta que em 2002, por exemplo, 165 mil empregos foram gerados pelos recursos do FGTS, já em 2007 o número foi para 812 mil. Além disso, aponta-se também que ocorreu uma alternância na geração de empregos por área de acordo com a destinação de recursos. Nos anos de 2003 e 2004, em que os recursos destinados a saneamento básico e infraestrutura foram ampliados, a maior parcela de geração de empregos aconteceu nesse setor. E em 2009, ano de instituição do Minha Casa Minha Vida, 955 mil empregos foram gerados na área da habitação. (DIEHL; TRENNEPOHL, 2011, pág. 75).

É importante frisar que as críticas às políticas de habitação são extremamente válidas, como sobre acabar privilegiando classes médias em detrimento das classes baixas, ou, ainda, quanto a forma de construção que são feitas as moradias e sua localização nas cidades (HIRATA, 2009). Entretanto, essas críticas não devem ser analisadas como motivos para o fim dessas políticas, mas sim para o aprimoramento de suas aplicações. Tudo o que foi dito sobre a importância do uso do FGTS para ampliar o número de brasileiros com casa própria continua válido, mas existe sim a necessidade da melhoria na aplicação dessas políticas, o que não vai ser explorado a fundo nesse estudo por não ser o tema principal da pesquisa.

4 NARRATIVA NEOLIBERAL

entender as mudanças que vêm ocorrendo em relação às políticas sociais e aos direitos trabalhistas, é importante entender o modelo de política estatal que promove essas mudanças. Dessa forma, assim como a criação dessas políticas e desses direitos se enquadra em uma conjuntura político-econômica que instituiu o Estado de Bem-Estar Social, as alterações na estrutura dessas políticas e as flexibilizações desses direitos são melhor entendidos quando junto ao contexto econômico-político que as acompanha. Dessa forma, conceituar-se-á a ideologia neoliberal que foi responsável pelas mudanças que serão tratadas adiante.

Assim, era comum recorrer ao Consenso de Washington, que ocorreu em 1989, para colocar um marco (simbólico, visto que é uma mudança gradual) de início da instituição da política neoliberal como sistema majoritário (BALLESTRIN, 2017). Tal evento foi responsável por estabelecer novas diretrizes ao capitalismo mundial, e, assim, estabelecer também uma ideologia que guiaria as políticas estatais.

O neoliberalismo, para além de uma ideologia política, constitui-se enquanto uma narrativa de mundo. Com seus conceitos e sua lógica argumentativa, essa narrativa acaba por convencer cidadãos e governantes de que a única possibilidade de existir é dentro da lógica neoliberal. É uma narrativa que opera como “instrumento de coesão social e imposição das ideias dominantes” (MORAES, 2002). Nesse sentido, o neoliberalismo mina ideologicamente o Estado de Bem-Estar Social através da propagação de abstrações que afirmam, em uma perspectiva econômica, que os custos crescentes das políticas sociais são insuportáveis financeiramente para os fundos públicos e, conseqüentemente, para aqueles que proveem esses fundos (que na

narrativa neoliberal são os grandes empregadores “*self-made*”³³⁹ obrigados a sustentar os menos favorecidos). Em uma perspectiva moral, argumenta-se que esse modelo de Estado transforma os indivíduos em “vagabundos”, em “dependentes químicos” das políticas sociais (MORAES, 2002) - vide expressão popularizada no Brasil dos últimos anos: aqueles que “mamam nas tetas do governo”, em referência àqueles que são assistidos por políticas sociais. É com essa narrativa de fácil assimilação que o neoliberalismo foi se tornando a ideologia dominante.

Tem-se a demonização do Estado e a idolatria do mercado, este último é a instituição capaz de formar indivíduos competentes que crescem por meio da meritocracia³⁴⁰. O mercado é perfeito, é uma abstração que regula tudo e todos e que, ainda, transforma moralmente o que as políticas sociais haviam modelado. Nessa lógica, a intervenção do Estado é vista como intrusa e indevida e como algo que inibe o progresso (MORAES, 2002).

O Estado que se insere nesse contexto, está numa busca frenética por atender aos anseios dessa ideologia. Assim, o poder político é progressivamente privatizado pelo poder econômico. Transforma-se tudo em produto. E privatizar não é só no sentido literal da palavra, mas é também transferir para o mercado tudo que ora foi de responsabilidade do Estado, como as próprias regulações das

³³⁹ *Self-made man* é uma expressão anglófona para designar o homem "feito por si mesmo" em tradução literal. No imaginário estadunidense se constitui enquanto um mito fundador heroico. (SANTOS, 2015). Atualmente o termo é muito utilizado relacionado à meritocracia, para definir aqueles empreendedores que, em teoria, alcançaram seu sucesso de maneira completamente independente.

³⁴⁰ Meritocracia é um conceito que ganhou força nas sociedades industriais e que vislumbra no poder da inteligência a substituição do poder oriundo do nascimento ou da riqueza que eram predominantes nos momentos históricos anteriores. (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1983, págs. 747 - 748)

relações de trabalho, por exemplo, fenômeno que já era notado por juristas na década de 90, como é possível averiguar no texto de José Eduardo Faria onde a percepção é de haver “uma substituição de um sistema jurídico de caráter estatutário por outro de caráter negocial” (FARIA, 1995, pág. 2).

É importante frisar que o neoliberalismo tem um modo de agir muito específico. É como uma contaminação que se alastra sem determinar logo de início todas as alterações que modificarão o corpo social. Dessa forma, diferentemente do Estado de Bem-Estar Social anteriormente comentado, o neoliberalismo não vem com uma legislação própria que vai instituir uma política de Estado clara e evidente, ele apenas se institui enquanto destruição. Aparentemente o aparato jurídico continua o mesmo, mas em verdade ele vai, ao longo dos anos, se modificando, flexibilizando, reformando, privatizando até se descaracterizar totalmente de sua configuração anterior. “A globalização econômica - e este é apenas um juízo de fato, não de valor - está substituindo a política pelo mercado, como instância privilegiada de regulação social”(FARIA, 1997, pág. 6).

Nessa perspectiva, a financeirização do processo eleitoral é evidente. As pesquisas são acompanhadas pela bolsa de valores, pela alta do dólar, pela chamada “reação do mercado”. E, dessa forma, seleciona-se os governantes que estão mais alinhados com a perspectiva neoliberal, com a abstração mercado. Aponta-se para uma nova “razão de mundo” (DARDOT; LAVAL apud CASARA, 2017.), em que até o modelo de justiça é diferente do contexto anterior. A justiça neoliberal avalia os custos da atividade e das consequências das decisões judiciais para as grandes corporações, o valor justiça fica em segundo plano.

Direitos trabalhistas se tornam “encargos trabalhistas”, palavras que, apropriadas pelas mídias majoritárias, conceituam um

novo olhar capaz de concluir que assim como encargos, podem deixar de existir. Ressaltando o caráter global desse processo, é importante lembrar da Reforma Trabalhista que inspirou a brasileira, isto é, a espanhola; e também das inúmeras minirreformas que tornaram a palavra “flexibilização” tão recorrente ao redor do mundo. Planos de saúde, mercantilização do ensino, reforma da previdência, segurança privada, etc. O Estado de Bem-Estar Social não faz mais sentido, para se ter direitos, é preciso comprá-los.

É também nessa circunstância que se identifica o famigerado “discurso da crise”. A flexibilização de direitos é fundamentada em uma filosofia que promete um futuro melhor. Entretanto, essa “crise” deixou de retratar um momento de indefinição, necessidade ou dificuldade, no qual todos devem se sacrificar pelo bem geral. Tornou-se um termo utilizado para camuflar uma opção política, um funcionamento de Estado justificado pelo simulado caráter extraordinário do momento. “O que chamam de ‘crise’ é, na verdade, um modo de governar as pessoas”. (CASARA, 2017, pág. 16.)

5 REFORMA TRABALHISTA DE 13 DE JULHO DE 2017

Nesse contexto ideológico, várias reformas e minirreformas ocorreram ao longo dos anos no processo de desmonte gradual dos direitos sociais. Entretanto, dar-se-á maior ênfase à Reforma Trabalhista de 2017 devido à atualidade e relevância para o contexto argumentativo construído nesse estudo.

Para elucidar esse discurso da crise anteriormente mencionado, que se parece com um discurso um tanto quanto apocalíptico, é necessário relembrar os posicionamentos e argumentos de políticos que se empenharam na tarefa de convencer a população

trabalhadora de que a Reforma Trabalhista era, por assim dizer, “um mal necessário”.

O então presidente do Brasil Michel Temer fez um discurso bem ilustrativo a época da elaboração da Reforma Trabalhista. Nele, o presidente dizia que a reforma não tinha o objetivo de retirar direitos, mas sim de manter empregos, sugerindo que, caso não fosse feita, o desemprego só aumentaria e segundo ele “nada é mais indigno do que o desempregado”. Nas palavras de Temer: “[quero] combater certa tese que dizem que, ao pensar em reforma trabalhista, estamos querendo eliminar direitos. Pelo contrário, o que queremos é manter empregos”.

Outro político, dessa vez o então deputado Alfredo Kaefer, argumentou ser necessária a reforma trabalhista para “alavancar o crescimento econômico”, ainda chamou a reforma de “modernização da legislação trabalhista” e afirmou que a legislação anterior era “complexa, insegura para os empresários e ruim para o ambiente de negócios”.

Além desses, muitos outros se manifestaram em favor da reforma com argumentos semelhantes, estão todos registrados no noticiário da época. Falas que reforçavam haver um momento de crise no qual a única saída para controlar o desemprego era aprovar a reforma. Criava-se naquele momento a ilusão de que ao tornar a legislação mais palatável ao empregador (as modificações feitas serão tratadas de maneira mais específica mais adiante) aumentar-se-ia o emprego e, conseqüentemente, melhorar-se-ia a situação econômica do país (que a época era chamada de crise).

Entretanto, é de se questionar a real intenção de todos os que defenderam tal reforma. Há aqueles que realmente acreditavam na ilusão de ser por um bem maior, mas outros apenas estavam interessados em beneficiar o lado mais privilegiado da disputa. É

impossível haver certeza sobre essas intenções, mas é importante ressaltar que no contexto de discussão da reforma já haviam pessoas alertando para o que viria.

Durante a audiência pública na subcomissão temporária do Estatuto do Trabalho em setembro de 2017, a advogada Anjuli Tostes sustentou que “na realidade, estudos da ONU mostram que a desregulamentação dos direitos do trabalho, em outros países, não favoreceu o crescimento econômico, não gerou empregos, pelo contrário, o que aconteceu foi um aumento da informalidade no trabalho e a precarização do emprego”.

Analisando a Lei nº 13.467/2017 que instituiu a Reforma Trabalhista, a qual não serão exploradas todas as modificações, algumas disposições são ilustrativas acerca da natureza das mudanças feitas. Antes da reforma o plano de cargos e salários, por exemplo, precisava ser homologado no Ministério do Trabalho e constar no contrato de trabalho, na nova regra, o plano de carreira poderá ser negociado entre patrões e trabalhadores sem necessidade de homologação nem registro em contrato, podendo ser mudado constantemente. Além disso, antes da lei de 2017 só era possível estabelecer condições de trabalho diferentes às da legislação se essas conferissem um benefício ao trabalhador, agora as convenções e acordos coletivos poderão prevalecer sobre a legislação independentemente de constituírem ou não um patamar superior ao trabalhador. Essas mudanças realmente ilustram a transformação de um sistema jurídico anteriormente estatutário para um sistema jurídico negocial.

Essa reforma também enfraqueceu, e muito, os sindicatos. A contribuição sindical, antes obrigatória, tornou-se opcional. Retirou-se o papel dos sindicatos de vários procedimentos onde antes eram necessários. A rescisão contratual, que antes era obrigatório haver a

homologação em sindicato, passa a ser válida quando homologada na empresa e, além disso, o que foi assinado ali não pode ser questionado na justiça posteriormente. Todas essas regras são ancoradas na fictícia paridade entre as partes que estão negociando, ou seja, essas mudanças desnudam o trabalhador de suas proteções que foram instituídas, é válido lembrar, em um contexto em que a fragilidade negocial do mesmo estava evidente (contexto anteriormente explorado de criação do Estado de Bem-Estar Social).

Como consequências da reforma, após quase três anos de sua aprovação (na data em que esse texto foi escrito) é possível averiguar que os resultados foram de crescente aumento do índice de desemprego e dos empregos informais. Ou seja, inserida na lógica de descaracterização do Estado de Bem-Estar Social, a reforma cumpriu bem o papel de alterar consideravelmente a CLT deixando a relação de trabalho ainda mais desigual. Beneficiou o empresariado e fragilizou o trabalhador e os objetivos para o bem maior não foram alcançados.

6 FGTS COMO CAVALO DE TROIA

O FGTS como uma política social e um direito trabalhista previsto na CLT também sofreu alterações no contexto da implementação gradual da política neoliberal. Primeiramente, em relação a estrutura de administração do FGTS ocorreram as seguintes mudanças: o Conselho Curador, que era presidido por um representante do Ministério do Trabalho e da Previdência Social - MTE, passou a ser presidido pelo Ministro de Estado da Economia ou por representante, por ele indicado, da área fazendária do governo, visto que no início do Governo Bolsonaro o MTE foi extinto – o que já representa muito no contexto anteriormente comentado de uma

política voltada aos interesses do mercado. A gestão de aplicação dos recursos era feita pelo Ministério das Cidades que também foi extinto e suas funções foram absorvidas pelo Ministério do Desenvolvimento Regional que agora possui esse papel. A função de agente operador não foi modificada e continua pertencendo à Caixa Econômica Federal (CEF).

Em relação à Reforma Trabalhista de 2017, uma mudança significativa foi a instituição do trabalho intermitente, do temporário, da jornada parcial, trabalho autônomo, e da terceirização. Essas opções mencionadas se constituem enquanto alternativas mais apazíveis ao empregador que antigamente optava, na mesma situação, pelos contratos por tempo indeterminado que, em comparação com as novas formas, significavam “normalmente um maior volume de recursos dispendidos nas contas vinculadas do FGTS dos trabalhadores e, conseqüentemente, uma multa maior a ser paga pelo empregador no caso de demissão sem justa causa” (CUBERO; MENDONÇA, 2020, pág. 16)

Além disso, houve uma alteração muito significativa quanto à movimentação do FGTS. Na atual legislação, na possibilidade de demissão acordada, o trabalhador pode movimentar até 80% do valor do Fundo, o que não era possível anteriormente. Essas mudanças exigem do FGTS um maior caixa disponível em decorrência do aumento de saques e, conseqüentemente, uma diminuição do volume que se destina como forma de política social.

Quanto às diretrizes básicas que eram até então seguidas com uma certa homogeneidade pelos governos que se sucederam da criação do Fundo, estas foram alteradas a partir do Governo Temer. Uma modificação relevante foi, quando da implementação do programa Pró-Cotista, a ampliação das populações alvo do programa que começou a financiar imóveis de até R\$ 1,5 milhão, marcando uma

mudança brusca no tradicional objetivo das utilizações dos recursos do Fundo para o auxílio destinado às famílias de baixa-renda. (CUBERO; MENDONÇA, 2020, pág. 3)

Também são movimentos alinhados com a visão de mundo neoliberal as liberações recentes do FGTS na perspectiva de “aquecer a economia”. Tais acontecimentos se deram tanto no Governo Temer quanto no Governo Bolsonaro sob a mesma análise. Nesse contexto econômico difundiu-se um entendimento mentiroso acerca do FGTS, este se constitui na afirmação de que o caixa do Fundo é um dinheiro “preso” do trabalhador que poderia estar em uso. Essa percepção foi reforçada devido às “condições das taxas de juros praticadas ao longo dos últimos anos que tornava o rendimento do fundo para o cotista inferior à inflação e ao rendimento oferecido por aplicações financeiras que poderiam ser acionadas pelos trabalhadores de forma individualizada” (SEMINÁRIO INTERNACIONAL, 2018, pág. 14).

Em detalhe, em 2016 Temer anunciou que R\$ 30 bilhões seriam injetados na economia através da liberação de saque sem limite de teto de contas inativas do FGTS. Medida que foi interpretada como uma tentativa de aumentar a popularidade do governo. Em 2019, através da Medida Provisória 899, Bolsonaro autorizou a liberação de R\$ 42 bilhões das contas ativas e inativas do FGTS e do PIS/PASEP, sendo R\$ 30 bilhões, em 2019, e R\$ 12 bilhões, em 2020, com a instituição do saque-aniversário perene. Acerca desse acontecimento, é importante ressaltar que as autoridades não designaram fontes alternativas para cobrir as necessidades das áreas que geralmente utilizam os recursos do FGTS, isto é, infraestrutura, saneamento básico e habitação. (LOURENÇO, 2019).

Nessa perspectiva, é importante frisar que essas alterações nas possibilidades de saque bem como as liberações dos FGTS foram bem recebidas por parte dos trabalhadores que, devido a mais uma

construção mitológica neoliberal, apegaram-se no entendimento de que o FGTS é um dinheiro “parado”. É essencial entender também que os trabalhadores não têm dimensão sobre toda a importância do fundo e que, portanto, acreditar nesse mito do dinheiro “preso” não é uma ideologização intencional, é falta de informação.

Acontece que, independentemente do motivo pelo qual os trabalhadores acreditam que essas liberações do FGTS são positivas, as liberações estão sendo feitas. O desmonte do FGTS como política social está acontecendo. Enquanto os trabalhadores se iludem no caráter positivo da medida que libera o dinheiro que estava “aprisionado”, o mesmo funciona como um cavalo de Tróia que, aparentemente um presente, chega para destruir algo essencial para a mesma classe que o recebe com felicidade.

Tudo que o FGTS representa enquanto política social; as políticas de habitação, a melhoria do saneamento básico, a ampliação da infraestrutura, a geração de empregos e o próprio Estado de Bem-Estar Social está se desconfigurando e dando lugar a uma política econômica que não está preocupada com o bem-estar e nem com a dignidade do trabalhador, mas apenas com o lucro que ele pode gerar.

CONCLUSÃO

Conclui-se, assim, que nesse contexto em que a política neoliberal é dominante, o Estado de Bem-Estar Social vem sendo minado por uma narrativa que ilude com falsas promessas que carecem de concretude e clareza. Não existe uma mudança clara e evidente de uma desconfiguração do modelo estatal. Mantém-se, assim, de forma figurada, a ilusão de um estado que ainda protege os direitos essenciais ao trabalhador, mas, em verdade, o aparato jurídico vai, ao longo dos anos, se modificando, flexibilizando, reformando,

privatizando até se descaracterizar totalmente de sua configuração anterior.

Através da utilização de uma linguagem própria que inclui termos como meritocracia, encargos e flexibilização, o neoliberalismo constrói uma narrativa capaz de criar uma figura abstrata, o mercado, que aprova e desaprova medidas e reformas acaba decidindo valorativamente, e até moralmente, o que é certo e errado no campo das políticas e direitos sociais. Com toda essa narrativa que é fácil e mitológica, a classe trabalhadora não consegue se desvencilhar das amarras da ilusão neoliberal e, dessa forma, não nota que nas pequenas alterações grandes batalhas anteriormente conquistadas por essa mesma classe estão sendo perdidas e invalidadas.

Por fim, olhando para o FGTS em específico, esse se configura como uma política social de extrema importância para a efetivação de direitos básicos da classe trabalhadora como o direito à moradia e à cidade. Entretanto, com as mudanças ocorridas nos últimos anos em sua administração, encontra-se respirando por aparelhos no meio de todas essas armadilhas discursivas.

REFERÊNCIAS

BALLESTRIN, Luciana Maria de Aragão. *Rumo à teoria pós-democrática?* 2017. 22 f. Tese (Doutorado) - Curso de Relações Internacionais, Ciência Política, Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 2017.

BIAZZI, Renato. Governo anuncia liberação de saques em contas inativas do FGTS. Brasília, G1, 23 dez. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/hora1/noticia/2016/12/governo-anuncia-liberacao-de-saques-em-contas-inativas-do-fgts.html>>. Acesso em: 16 jun. 2020.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 11. ed. Brasília: Editora Unb, 1983. 1 v.

BRASIL, Emanuelle. Reportagem. Líder do PSL defende reforma trabalhista para alavancar crescimento do País. Brasília, Câmara dos Deputados, 7 fev. 2017. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/507179-lider-do-psl-defende-reforma-trabalhista-para-alavancar-crescimento-do-pais/>>. Acesso em: 16 jun. 2020.

CASARA, Rubens R. R. *Estado Pós- Democrático: Neo- Obscurantismo e Gestão dos Indesejáveis*. 3. ed. São Paulo: Civilização Brasileira, 2017.

CUBERO, Marília Ceci; MENDONÇA, Ana Rosa Ribeiro de. O FGTS e o financiamento habitacional e de infraestrutura urbana: avanços e recuos (2003 - 2018). *Texto para Discussão*. Unicamp. IE, Campinas, n. 376, abr. 2020

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 18. ed. São Paulo: Ltr, 2019.

DIEHL, Luiza Mallmann; TRENNEPOHL, Dílson. A Importância do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS para o Desenvolvimento Brasileiro. *Revista de Desenvolvimento Econômico*, Salvador, v. 23, n. 13, p. 65-77, jul. 2011.

FARIA, José Eduardo. Direitos humanos e globalização econômica: notas para uma discussão. *Estudos Avançados*. São Paulo, v. 11, n. 3, 1997.

FARIA, José Eduardo. Os novos desafios da Justiça do Trabalho. In: Busca Legis. CCJ.- UFSC, 1995.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GOUVÊA, Gustavo. Dois anos depois da Reforma Trabalhista, sindicatos estão à beira da falência. *Espírito Santo Hoje*, 14 jul. 2019. Disponível em: <<https://eshoje.com.br/dois-anos-depois-da-reforma-trabalhista-sindicatos-estao-a-beira-da-falencia/>>. Acesso em: 16 jun. 2020.

HIRATA, Francini. "Minha Casa, Minha Vida": política habitacional de geração de emprego ou aprofundamento da segregação urbana?. *Aurora*. Marília, v. 3, n. 4, jul. 2009.

Justificando Mentas Inquietas Pensar Direito. Para diretor da Anamatra, reforma trabalhista tenta vender o que não pode entregar. São Paulo, Justificando, 26 set. 2017. Disponível em: <<https://www.justificando.com/2017/09/26/para-diretor-da-anamatra-reforma-trabalhista-tenta-vender-o-que-nao-pode-entregar/>>. Acesso em: 16 jun. 2020.

Justificando Mentas Inquietas Pensar Direito. Reforma trabalhista não reduziu desemprego nem informalidade, diz MPT. São Paulo, Justificando, 4 jul. 2018. Disponível em: <<https://www.justificando.com/2018/07/04/reforma-trabalhista-nao-reduziu-desemprego-nem-informalidade-diz-mpt/>>. Acesso em: 16 jun. 2020.

LOURENÇO, Gilmar Mendes. Fraqueza do emprego e liberação do FGTS. *Vitrine da Conjuntura*, Curitiba, v. 12, n. 6, ago. 2019.

MATOSO, Filipe. Temer defende reforma trabalhista e diz que é saída para manter empregos. Brasília, G1, 24 ago. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/08/temer-defende-reforma-trabalhista-e-diz-que-e-saida-para-manter-empregos.html>>. Acesso em: 16 jun. 2020.

MORAES, Reginaldo C.. Reformas neoliberais e políticas públicas: hegemonia ideológica e redefinição das relações estado-sociedade. *Educação & Sociedade*, [s.l.], v. 23, n. 80, p. 13-24, set. 2002. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0101-73302002008000002>.

NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro. Estado de Bem-estar Social: origens e desenvolvimento. *Katálysis*, Florianópolis, n. 5, p. 89-103, dez. 2001.

SANTOS, Ederson Fernando Milan dos Santos. A construção d imaginário sobre o *sef made man* estadunidense e do mito do político de Moysés Lupion no Paraná. *Espaço Plural*, ano 16, n. 33, jul. 2015.

SEMINÁRIO INTERNACIONAL, 2018, São Paulo. *Financeirização e Estudos Urbanos: olhares cruzados Europa e América Latina*. São Paulo: Iau - Usp, 2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 41. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2018.

SAKAMOTO, Leonardo. Dados de desemprego mostram que a Reforma Trabalhista foi propaganda enganosa. Blog do Sakamoto, Portal UOL, 25 set. 2019. Disponível em: <<https://blogdosakamoto.blogosfera.uol.com.br/2019/09/25/dados-de-desemprego-mostram-que-reforma-trabalhista-foi-propaganda-enganosa/#:~:text=Apesar%20da%20tend%C3%Aancia%20de%20>

eve,que%20trabalharam%20menos%20do%20que>. Acesso em: 16 jun. 2020.

AUXÍLIO-DOENÇA A VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA AFASTADAS DO TRABALHO

ILLNESS AID FOR DOMESTIC VIOLENCE VICTIMS REMOVED FROM WORK

*Anália Lourensato Damasceno*³⁴¹

*Jair Aparecido Cardoso*³⁴²

RESUMO

A Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha (LMP), trouxe como medida protetiva a possibilidade de afastamento da mulher do seu trabalho, com a manutenção do vínculo trabalhista, por até seis meses. Entretanto, a lei não previu quem arcaria com o ônus desse afastamento. A mulher, vítima, não poderia ser penalizada por uma medida que precisou ser aplicada em seu socorro. Assim, uma das alternativas seria a concessão de benefício às vítimas de violência doméstica que foram obrigadas a deixar o trabalho. O objetivo desse artigo é estudar a proteção das vítimas de violência doméstica por meio da concessão do auxílio por incapacidade temporária para o trabalho, nova denominação do auxílio-doença. Foi escolhido como ponto de partida o estudo de caso referente a recurso especial julgado pela Sexta Turma do Superior

³⁴¹ Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP (FDRP/USP). Participante do Grupo de Estudos de Direito do Trabalho (GEDTRAB/USP). E-mail: analia.damasceno@usp.br.

³⁴² Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP (FDRP/USP); líder do grupo de pesquisa (CNPQ): “A transformação do direito do trabalho na sociedade pós-moderna e seus reflexos no mundo do trabalho” da FDRP/USP. Doutor em Direito pela Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP, graduado e mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba, UNIMEP. Autor de livros e artigos da área. E-mail: jaircardoso@usp.br.

Tribunal de Justiça (STJ) o qual foi a favor da cobertura dessas situações pelo Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS). Em seguida, foram incluídas análises teóricas sobre o tema, por meio da pesquisa bibliográfica em livros, artigos e periódicos. Os resultados obtidos mostraram a necessidade de proteção social efetiva das mulheres vítimas de violência doméstica em decorrência do sistema de proteção dos direitos humanos. Além disso, o modo de preenchimento de lacunas no direito previdenciário deve ser a favor da dignidade humana. Entretanto, o § 5º do artigo 195 da Constituição Federal de 1988 é apresentado como óbice pela autarquia previdenciária para a concessão do benefício nesses casos. Concluiu-se que esse obstáculo é aparente e, enquanto não houver alterações legislativas que acabem com a lacuna atualmente existente, os benefícios negados pelo INSS deverão ser levados ao Poder Judiciário para implementação.

Palavras-chave: Violência doméstica. Previdência Social. Auxílio-doença. Mulher. Medida protetiva.

ABSTRACT

The Law nº 11.340, of 7th August of 2006, also known as “Lei Maria da Penha”, has a abuse prevention order that allows woman to be removed from work and also to maintain her employment relationship, for at least 6 months. However, the Law did not predict who would pay the price for this removal. The woman, victim, could not be punished by a restrict order she needed for survival. So, one alternative would be a social security benefit for domestic violence victims by providing her a illness aid. We started this study from a special appeal tried by Sixth Chamber of “Superior Tribunal de Justiça” (STJ) that was in favour of social security coverage by “Instituto Nacional da Seguridade Social” (INSS). By the way, we included theoretical analysis, by bibliographic research in books, articles and periodics. The results showed the need of effective social security protection of domestic violence women victims come from

human rights system of protection. Also, filling the gap in social security law should count on human dignity. But, the § 5º of article 195 of Federal Constitution of 1988 is presented as an obstacle to give the benefit in these cases by social security authority. We concluded that this is not a real obstacle and, while there are no legislative changes to fill the gap now existent, the benefits denied by INSS should be implemented by the judiciary.

Keywords: Domestic violence. Social Security. Illness aid. Woman. Abuse prevention order.

INTRODUÇÃO

A Lei Maria da Penha (LMP), como ficou conhecida popularmente a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, veio para defender mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. Foram dois os contextos que influenciaram na criação da lei: o sociopolítico e o ativismo feminista brasileiro (SEVERI, 2017, p. 92). Dentro do primeiro contexto, estão: a maior receptividade das demandas sociais em face da redemocratização, bem como a defesa da igualdade entre homens e mulheres que tem destaque após a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (SEVERI, 2017, p. 92). Já em relação ao ativismo feminista, outros fatores se destacam, como por exemplo novas estratégias para mobilização legal a partir de “alianças com organizações e redes transnacionais de direitos humanos” (SEVERI, 2017, p. 92-93). Nesse sentido, o artigo 6º da LMP prevê que “a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos” (BRASIL, 2006, p. 1).

Com o objetivo, então, de proteção da mulher vítima de violência doméstica e familiar, a LMP tentou trazer diversos mecanismos para proteger sua integridade física e psicológica, tal

como a medida protetiva. Neste trabalho, a proposta é analisar um dos reflexos do artigo 9º, § 2º, II, da LMP que traz a possibilidade de aplicação de uma medida protetiva à mulher vítima de violência doméstica ou familiar consistente no afastamento do trabalho. Referido dispositivo prevê ainda que, nos casos em que for concedida essa medida protetiva, haverá a manutenção do vínculo trabalhista por até 6 meses. Contudo, o que a regra não esclarece é quem arcará com o ônus do afastamento do trabalho: seria a própria mulher que necessitou da medida protetiva?

O que se buscará fazer nesse artigo é responder essa questão, a partir da análise da viabilidade jurídica da concessão do auxílio doença, recentemente renomeado como benefício de auxílio por incapacidade temporária para o trabalho. Para tanto, será feito um estudo de caso, acompanhado de pesquisa bibliográfica sobre o tema, e será utilizado o método dedutivo.

Assim, o trabalho foi dividido basicamente em três partes. Na primeira, será apresentado o recurso especial que tratou da hipótese aqui pesquisada, analisando-se seus principais fundamentos. Na segunda parte, são vistos os requisitos para o benefício que em tese caberia às mulheres que receberam a medida protetiva do artigo 9º, § 2º, II, da LMP. Na terceira e última parte, deu-se atenção à lacuna normativa e esforços para superá-la, tanto por parte do Legislativo, quanto pelo Poder Judiciário, tendo em perspectiva a primazia dos direitos humanos.

1 ENTENDIMENTO DA SEXTA TURMA DO STJ: A RESPONSABILIDADE DO INSS

Em setembro de 2019, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) atribuiu responsabilidade ao Instituto Nacional do

Seguro Social (INSS) pelo amparo de vítimas de violência doméstica afastadas do trabalho por aplicação da medida protetiva do art. 9º, § 2º, II, da LMP.

O caso, que não teve número divulgado em razão de sigilo judicial, foi submetido a julgamento a partir de um recurso especial interposto em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a nível de agravo de instrumento. A Sexta Turma buscou elucidar as seguintes questões: qual o juízo competente para a decretação da medida protetiva do afastamento do trabalho, qual a natureza jurídica desse afastamento (se suspensão ou interrupção do contrato de trabalho), e, por fim, quem arcará com o ônus decorrente do afastamento do trabalho. É nessa última questão que este trabalho se atentará.

Vislumbra-se que, a partir da decretação da medida protetiva e do afastamento do trabalho, três cenários são possíveis. No primeiro, a mulher deverá buscar outros meios para sua sobrevivência, seja por sua própria força, por exemplo mediante novo emprego; seja pela assistência de terceiros, com a ajuda de familiares, amigos e instituições sociais. No segundo cenário, o empregador arcará com os salários e demais verbas entendidas devidas à mulher até o fim da medida protetiva aplicada. Na última hipótese, enquanto durar a medida, a vítima será amparada pela concessão de um benefício previdenciário, à semelhança do que ocorre em casos de afastamento do trabalhador por doença ou acidente do trabalho em período superior a 15 dias.

A opção tomada pela Sexta Turma se alinhou à terceira alternativa, como consignado em trecho da ementa a seguir transcrito:

4. Cabe ao empregador o pagamento dos quinze primeiros dias de afastamento da empregada vítima de violência doméstica e familiar e fica a cargo do INSS

o pagamento do restante do período de afastamento estabelecido pelo juiz, com necessidade de apresentação de atestado que confirme estar a ofendida incapacitada para o trabalho e desde que haja aprovação do afastamento pela perícia do INSS, por incidência do auxílio-doença, aplicado ao caso por meio de interpretação analógica. (BRASIL, 2019, p. 3)

A seguir, então, vamos identificar duas principais razões que levaram o órgão julgador à responsabilização do INSS pelo ônus do afastamento do trabalho da mulher vítima de violência doméstica. Posteriormente, abriremos outra discussão com relação aos requisitos para a concessão do benefício.

1.1 A proteção da mulher

Primeiro, é apontado o compromisso do Estado Democrático de Direito com a proteção da mulher, o que representa para o Judiciário “evoluir na otimização de princípios e regras” (BRASIL, 2019, p. 17) decorrentes da LMP. Nesse sentido, o argumento de ordem lógica é que a vítima não pode ser penalizada ou prejudicada pela medida protetiva que lhe foi concedida, pois ela vem em seu socorro. Logo, o ônus não deverá ser suportado pela mulher vítima. Como foi resumido pelo julgado em análise:

Não é admissível, ademais, a interpretação em prejuízo da ofendida, o que iria em direção contrária do propósito da Lei Maria da Penha. Logo, a vítima de violência doméstica não pode arcar com danos resultantes da imposição de medida protetiva em seu favor. (BRASIL, 2019, p. 13)

Ainda a respeito da proteção da mulher, foram realçados os compromissos constitucional e internacionais para com os direitos

humanos da mulher (BRASIL, 2019, p. 16-17). Destacou-se, nesse aspecto, o artigo 226, § 8º, da CRFB, pelo qual o Estado criará mecanismos de combate à violência no âmbito familiar, além de assegurar assistência a cada um que integre a família (BRASIL, 1988, p. 1). No campo internacional, foram lembradas a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Cedaw), a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção Belém do Pará), bem como a condenação do Estado brasileiro pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos por negligência, omissão e tolerância em relação à violência doméstica contra as mulheres, da qual desencadeou o processo legislativo para a LMP.

O entendimento da Sexta Turma deve ser celebrado, especialmente se for considerado o contexto do mercado de trabalho brasileiro. A alta taxa de desemprego é um problema correntemente enfrentado no Brasil. Por exemplo, sob os efeitos do novo coronavírus, o desemprego no primeiro trimestre de 2020 aumentou 1,2 milhões em relação ao último trimestre de 2019 (GARCIA, 2020, p. 1). Além disso, infelizmente as mulheres ainda enfrentam dificuldades no mercado de trabalho simplesmente por conta do seu gênero. Basta notar quanto a isso a alta diferença salarial, visto que as mulheres ganham 20,5% menos que homens, segundo levantamento feito pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (DIFERENÇA, 2019, p. 1).

Levando em conta essa dinâmica social, seria extremamente desumano sujeitar o ônus do afastamento tão somente às mulheres que já sofrem para se inserir no mercado de trabalho e por serem vítimas de violência doméstica. Mais que isso, deixá-las desamparadas e à própria sorte seria um completo desrespeito aos

princípios protetivos provenientes tanto das disciplinas internas quanto internacionais sobre os direitos das mulheres.

1.2 A assistência social aos necessitados

O segundo motivo para a responsabilização do INSS, segundo o caso estudado, seria o compromisso do Estado com a assistência social. Isso aconteceria em decorrência do artigo 203 da CRFB, do qual destacamos o seguinte:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; [...] (BRASIL, 1988, p. 1).

Esse raciocínio tem embasamento no que dispôs o artigo 9º, *caput*, da LMP, pelo qual há expressa previsão de assistência social à mulher em situação de violência doméstica conforme a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS). Nesse sentido, o julgado destacou o seguinte princípio do artigo 4º, II, da LOAS: “universalização dos direitos sociais, a fim de tornar o destinatário da ação assistencial alcançável pelas demais políticas públicas” (BRASIL, 2019, p. 17).

Essa justificativa abre a possibilidade de não só mulheres com qualidade de segurada da previdência social serem favorecidas pelo benefício em tese devido (TROMBETA, 2019, p. 1). A prestação da assistência social pelo Estado, ao contrário da Previdência Social, não exige a contribuição da pessoa vulnerável. Reproduzindo *ipsis literis* a decisão da Sexta Turma do STJ:

como os casos de violência doméstica e familiar acarretam ofensa à integridade física ou psicológica da mulher, estes devem ser equiparados por analogia, aos

de enfermidade da segurada, com incidência do auxílio-doença, pois, conforme inteligência do art. 203 da Carta Maior, “a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social”. (BRASIL, 2019, p. 16)

Ou seja, o benefício de auxílio-doença analogicamente devido às mulheres que passam pelo afastamento do trabalho seria de natureza assistencial e não previdenciária. Não há, portanto, previsão legal de fonte de custeio específica para esses casos, o que implicará a ausência de ofensa ao princípio do artigo 195, § 5º, da CRFB, como se verá adiante. Antes, porém, cumpre analisar quais requisitos restam ser comprovados pela mulher vítima de violência doméstica, considerando o benefício como assistencial.

2 DOS REQUISITOS PARA O BENEFÍCIO

Diante da lacuna deixada pela legislação ao não prever benefício à mulher vítima de violência doméstica afastada do trabalho no rol do artigo 18 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, a Lei de Planos de Benefícios da Previdência Social (LBPS), a Sexta Turma entendeu por bem ser devido o auxílio-doença por meio da analogia.

Inicialmente, tem-se que as mulheres que obtiveram a medida protetiva do art. 9º, § 2º, II, da LMP, ao requerer o benefício do auxílio-doença, não precisarão comprovar requisitos como qualidade de segurada ou cumprir o período de carência de 12 meses, tendo em vista a sua natureza assistencial.

Desse modo, restaria apenas o requisito da incapacidade temporária para o trabalho. Frisa-se que, após a alteração promovida pelo Decreto nº 10.410, de junho de 2020, o auxílio-doença passou a

ser denominado auxílio por incapacidade temporária. Assim, para fazer jus ao benefício, é necessário que a pessoa comprove sua incapacidade temporária para o trabalho por meio de relatórios médicos e perícia realizada no INSS. Mas como ficaria isso para as mulheres vítimas de violência doméstica?

Na realidade, a violência doméstica pode causar sérios danos físicos e, ou, psicológicos provocando incapacidade temporária da mulher para o trabalho. Contudo, ao versar da aplicação da medida protetiva da LMP de afastamento do local de trabalho, a integridade física e, ou, psicológica da mulher pode não ter sido atingida. Isso porque, justamente, a medida visa prevenir tais danos à mulher. Sendo assim, não necessariamente a mulher vítima de violência doméstica na situação do art. 9º, § 2º, II, da LMP será considerada inapta para exercer atividades laborativas.

Na ementa da decisão proferida pela Sexta Turma do STJ, ficou consignado que seria necessária a “apresentação de atestado que confirme estar a ofendida incapacitada para o trabalho e desde que haja aprovação do afastamento pela perícia do INSS”(BRASIL, 2019, p. 3). Todavia, nos votos não haveria tal exigência, sendo suficiente a comprovação da obtenção da medida protetiva do art. 9º, § 2º, II, da LMP. Ficou expresso no no julgado o seguinte:

Neste caso, ao invés do atestado de saúde, há necessidade de apresentação do documento de homologação ou determinação judicial de afastamento do trabalho em decorrência de violência doméstica e familiar para comprovar que a ofendida está incapacitada a comparecer ao local de trabalho. Assim, a empresa se responsabilizará pelo pagamento dos quinze primeiros dias, ficando o restante do período, a cargo do INSS, desde que haja aprovação do afastamento pela perícia médica daquele instituto. (BRASIL, 2019, p. 16)

Entede-se que faltou clareza no caso estudado, o que pode dificultar o acesso ao benefício. Primeiramente o julgado parece exigir a comprovação médica da incapacidade da mulher para o trabalho, mas, depois, nas razões do voto, dá a entender que os relatórios médicos serão substituídos pelos documentos da medida protetiva de afastamento do trabalho por conta da violência doméstica e familiar. E a confusão se aprofunda quando condiciona a responsabilidade do INSS ao resultado da perícia médica.

Ora, como já salientamos, nem sempre a mulher estará enfrentando problemas de incapacidade laborativa. Ela até poderia buscar outro trabalho enquanto dura a medida protetiva. Contudo, a finalidade do benefício seria retirar da mulher vítima o ônus do período de afastamento do trabalho, isso sim foi deixado claro pela decisão estudada. Por isso, em nossa opinião, a interpretação que mais condiz com a proteção efetiva da mulher vítima de violência doméstica e com a assistência social é da prescindibilidade da apresentação de relatórios médicos e da perícia médica. Bastaria, assim, a comprovação da concessão da medida protetiva de manutenção do vínculo e afastamento do local de trabalho pelo juiz.

2.1 Quem poderá pedir o benefício?

A partir da análise feita anteriormente, tem-se que o benefício se justifica pelo afastamento do trabalho da mulher, com o objetivo de protegê-la e assistí-la durante esse período. Nesse sentido, o artigo 9º, § 2º, II, da LMP menciona que o afastamento estará acompanhado da manutenção do vínculo trabalhista. Assim, outra questão importante a ser respondida é: quais as mulheres que podem pleitear o benefício? Somente as que são empregadas ou que exerçam quaisquer atividades laborativas?

Segundo Martina Catini Trombeta (2019, p.1), pelo entendimento da Sexta Turma do STJ, é possível que mesmo contribuintes facultativas ou individuais requeiram o benefício. Na verdade, propomos que tanto as seguradas obrigatórias – empregadas rurais, empregadas domésticas, contribuintes individuais, trabalhadoras avulsas e seguradas especiais – quanto as seguradas facultativas, como donas de casa e pesquisadoras bolsistas, possam receber o auxílio-doença.

Ao utilizar a expressão “manutenção do vínculo trabalhista” (BRASIL, 2006, p. 1), o legislador se referiu às mulheres que possuem contrato de trabalho, ou seja, vínculo empregatício. Entretanto, tem-se que o afastamento do trabalho por vítimas de violência doméstica também acontece com aquelas mulheres que não estão submetidas ao regime celetista. Lembra-se, nesse sentido, que a relação de trabalho é mais ampla que a relação de emprego abrangendo, além desta, outras atividades laborativas. Como explica Mauricio Godinho Delgado:

A Ciência do Direito enxerga clara distinção entre relação de trabalho e relação de emprego.

A primeira expressão tem caráter genérico: refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer substanciada em labor humano. [...] A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio, etc.). Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual. (2019, p. 334)

Assim, a perspectiva da proteção do trabalho da mulher, não se dá apenas no âmbito das relações de emprego, mas também no de

toda espécie de labor. Consequentemente a redação do art. 9º, § 2º, II, da LMP não atende adequadamente a todas as mulheres vítimas de violência doméstica. A interpretação desse dispositivo, todavia, não deve ser restritiva aplicando-se, quando necessário, o afastamento do trabalho às trabalhadoras sem vínculo empregatício. Assim, por questão de igualdade, estas não podem ser discriminadas em função do vínculo trabalhista. O princípio da proteção da mulher deve atingir a todas que, na mesma medida, são obrigadas a temporariamente abandonar seus postos de trabalho a fim de preservar sua integridade física e psicológica.

É com esses argumentos que sustentamos ser possível a quaisquer trabalhadoras vítimas de violência doméstica, com ou sem vínculo empregatício, beneficiarem-se da medida protetiva e, conseqüentemente, pleitearem o auxílio-doença pelo período que durar o afastamento.

3 LACUNA LEGISLATIVA, LEGALISMO E PRIMAZIA DOS DIREITOS HUMANOS

Constatou-se no julgado da Sexta Turma do STJ que houve uma omissão legislativa em relação ao ônus decorrente da aplicação da medida protetiva do art. 9º, § 2º, II, da LMP (BRASIL, 2019, p. 16). Havia, sim, a possibilidade de incluir no rol de benefícios previdenciários do art. 18 da LBPS, mas o legislador não o fez. Também era possível deixar claro na lei quais os requisitos que deveriam ser cumpridos e quem poderia pleitear o benefício, mas nada disso ocorreu.

Em trâmite, atualmente, o projeto de lei (PL) nº 6.167, de 2019 tem como objetivo sanar essas lacunas, substituindo o termo “auxílio-doença” por “benefício por incapacidade temporária ao

trabalho” e regulamentando tal benefício para vítimas de violência doméstica que tenham de se afastar do local de trabalho (BRASIL, 2019, p. 1). Em tal PL, o legislador propõe alterações para possibilitar o benefício previdenciário, independentemente da condição de segurada da vítima, a partir da decisão judicial que lhe garantiu o afastamento do trabalho (BRASIL, 2019, p. 10). Além disso, o PL visa alterar a redação do art. 9º, § 2º, II, da LMP, para reconhecer a necessidade de afastamento do local de trabalho para além dos casos em que há vínculo trabalhista (BRASIL, 2019, p. 10).

Enquanto tais alterações não são feitas, a ausência de regras escritas dificulta o acesso das vítimas de violência doméstica afastadas do trabalho à proteção de um benefício tal como o auxílio-doença. Diante da decisão da Sexta Turma do STJ, houve o seguinte posicionamento da autarquia previdenciária para um veículo de imprensa:

O INSS informou, por meio de nota, que " a decisão ainda não foi publicada e, portanto, não há como saber a extensão do julgamento". O instituto também ressaltou que "independente do julgamento, somente a lei pode criar ou ampliar benefícios previdenciários". O INSS lembrou que o "artigo 195 §5º da Constituição Federal prevê que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente prévia fonte de custeio total". (MULHER, 2019, p. 1)

Observa-se aqui a estratégia do INSS para a negativa dos benefícios que chegarem para a análise. Além de utilizar o argumento legalista – o que rigorosamente não está escrito na letra fria da lei impede a concessão do benefício –, o INSS recorreu ao artigo 195, § 5º, da CRFB, pelo qual se exige a prévia fonte de custeio para os benefícios da seguridade social.

Todavia, é “produto de uma interpretação perversa”

(SAVARIS, 2011, p. 12) o uso do princípio da precedência da fonte de custeio relacionado com a impossibilidade de reconhecer direitos previdenciário além do texto legal. Trata-se de um obstáculo meramente aparente, pois a destinação desse princípio é o legislador ordinário, não o juiz do caso. Como explica Savaris:

De qualquer sorte, é sempre importante destacar que a disposição constitucional da precedência da fonte de custeio em relação ao benefício tem como exclusivo destinatário o legislador ordinário. Trata-se, em verdade, de norma de finança pública voltada para a responsabilidade na gestão fiscal, obrigando apenas o ente responsável pelo equi-líbrio das contas públicas ao cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas (Lei Complementar 101, artigo 1º, caput). Não deve, por tal razão, ser compreendida como norma restritiva da atuação jurisdicional de concessão ou de revisão de um benefício previdenciário, pois a atividade jurisdicional não cria, majora ou estende prestação da Seguridade Social desvinculadamente dos fundamentos normativos do direito vigente. (2011, p. 300)

Por isso, em que pese a negativa do INSS, os benefícios deverão ser implementados pelo judiciário. Diante da lacuna normativa, o juiz, como agente transformador da realidade, não deve se esconder em legalismos jurídicos, principalmente quando se fala em direitos fundamentais da seguridade social e da mulher. Isso porque a primazia dos direitos humanos deve guiar o Poder Judiciário evitando a desproteção dos necessitados. Nesse sentido, critica-se a postura legalista dos seus membros, pois:

A maioria dos julgadores prefere ficar em compasso de espera, no aguardo da lei subconstitucional reconhecedora ou formuladora do direito subjetivo, de modo que a aplicação da força normativa dos princípios vai sendo objeto de adiamentos e postergações sucessivas e intermináveis. A mora

legislativa não produziria, no entanto, o indesejável resultado de deixar inúmeras pessoas ao desabrigo de proteção judicial, se os julgadores tivessem a geral disposição de aplicar, diretamente, na elaboração de soluções dos casos judiciais, a poderosa força normativa dos princípios jurídicos. A frequente alegação de ausência de lei autorizadora do direito pretendido é, na verdade, uma tática de esquivar-se o julgador da função judicial de solucionar a controvérsia que tem à sua frente. (MAIA FILHO; WIRTH, 2019, p. 72-73)

Nas situações aqui retratadas, a proteção da mulher vítima de violência doméstica só se perfaz em conjunto à proteção social adequada junto à Seguridade Social, seja mediante benefícios previdenciários, seja mediante benefícios assistenciais. Tudo isso tendo em perspectiva o princípio da dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil, no artigo 1º, III, da CRFB. Deixar à própria sorte a mulher, vítima de violência doméstica, afastada compulsoriamente do trabalho, constitui nitidamente uma ofensa à dignidade humana.

Por isso, defendemos uma atuação judicial que se livre das amarras dos textos legais, mesmo na ausência de lei, quando a realidade pede por justiça. Justiça essa que preza pelos direitos humanos. Napoleão Nunes Maia Filho e Maria Fernanda Pinheiro Wirth verificam que essa busca da decisão justa faz com que se altere o papel dos juízes no sentido de que:

Ao juiz não incumbe mais somente a análise do conteúdo, validade e eficácia das normas. O juiz não pode mais se manter em posição apartada do caso concreto. O processo judicial não se encerra no controle de legalidade, ele avança para atingir sua real finalidade, a garantia da justiça no caso concreto. E essa resposta ultrapassa o acervo legislativo alcança os princípios constitucionais, a ética, a moral, a filosofia

jurídica e, especialmente, a realidade do caso concreto em análise. (2019, p. 174)

Oportuno, também, o comentário de Savaris a respeito da atuação judicial desvinculada do método mecânico subsuntivo, método este que se quer sustentar a partir do uso do princípio da precedência da fonte de custeio:

O que não se afigura consoante a racionalidade jurídica é a pretensão de se condicionar a legitimidade da decisão judicial que se pensa – equivocadamente – criadora de benefícios à indicação ou criação de fonte de custeio. O juiz não move montanhas, não cria tributos, não ordena despesas e tampouco arranja orçamentos. Quando soluciona um caso concreto reconhecendo determinado direito da Seguridade Social, nada mais faz do que identificar norma jurídica que lhe fundamenta juridicamente a decisão. Não indicará de onde virão os recursos e tampouco seria razoável dele exigir o impossível. Nesse contexto metodológico, impõe-se a recusa da interpretação perversa do princípio da precedência do custeio, a qual restringe inaceitavelmente o espaço de atuação do juiz na aplicação do direito previdenciário, na medida em que busca reduzi-la à aplicação/reprodução do texto legal. (2011, p. 309-310)

Dessa forma, ainda que não haja regra expressa, a mulher vítima de violência doméstica afastada temporariamente do trabalho não poderá ser penalizada. Ela não deve sofrer os prejuízos em razão de medida protetiva que, por fatores alheios à sua vontade, se impôs para a manutenção da própria integridade física e psíquica. Os juízes, assim, ao se depararem com a situação de vulnerabilidade dessas mulheres que buscam o amparo social deverão reconhecer a existência do direito ao benefício de auxílio-doença, baseando-se na proteção social adequada e no respeito à dignidade humana.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, vimos que o precedente da Sexta Turma do STJ propiciou a concessão de auxílio-doença, atualmente benefício por incapacidade temporária, às mulheres vítimas de violência doméstica. Pelo estudo de caso, identificou-se a necessidade de proteção efetiva da mulher vítima de violência doméstica como principal guia interpretativo da lacuna existente sobre a quem cabe o ônus da aplicação da medida protetiva do art. 9º, § 2º, II, da LMP.

Outro resultado da análise dos argumentos do julgado foi o compromisso do Estado para com a proteção social dos necessitados, inclusive mediante a assistência social. Assim, concluiu-se que o benefício em tela destinado às vítimas de violência doméstica afastadas do trabalho, na verdade, teria caráter assistencial. Como tal, estão dispensados os requisitos de qualidade de segurada e carência, por ser característico da assistência social o auxílio independente de contribuições.

Por isso, nos requisitos para o benefício, em tese restaria apenas a prova da incapacidade temporária para o trabalho, com relatórios médicos e perícia do INSS. Nesse ponto, o precedente da Sexta Turma do STJ apresentou, a nosso ver, uma contradição entre o que ficou consignado na ementa e no voto. Defendemos que os relatórios e a perícia do INSS são prescindíveis à concessão do benefício, bastando a comprovação da concessão da medida protetiva de manutenção do vínculo e afastamento do local de trabalho pelo juiz.

Outra análise feita a partir da decisão da Sexta Turma do STJ foi de quem poderia requerer o benefício, ampliando o alcance deste de acordo com a proteção por igual de todas as vítimas de violência

doméstica que são obrigadas a deixar seu ambiente de trabalho. Assim, não só mulheres que tenham vínculo empregatício gozariam do benefício, mas todas as que tenham relação de trabalho, desde que destinatárias da medida protetiva do art. 9º, § 2º, II, da LMP.

Por fim, apontamos as lacunas legislativas existentes e o PL nº 6.167/2019 que as busca solucionar. Nesse interregno, enquanto a lei não é alterada, notamos a posição restritiva da autarquia previdenciária em relação à concessão dos benefícios as vítimas de violência doméstica afastadas do trabalho. Trata-se de uma posição legalista que chega a ser defendida mesmo pelos julgadores. Como argumento está o uso do princípio da inexistência de benefício sem expressa previsão legal é acompanhado pelo art. 195, § 5º, da CRFB que exige prévia fonte de custeio para os benefícios securitários. Destacamos, todavia, que esse racioncínio não deve prevalecer, sendo um obstáculo meramente aparente, pois os destinatários da norma são os legisladores, não os juízes.

Assim, diante da negativa no âmbito administrativo, os requerimentos deverão ser encaminhados ao Poder Judiciário. Defendemos que os julgadores, nos casos que cheguem ao seu conhecimento, implantem o benefício à luz dos princípios a fim de fazer efetiva a proteção dos direitos humanos da mulher. Isso porque os juízes não devem se amedrontar diante das lacunas deixadas pelo Poder Legislativo, nem se curvar ao método subsuntivo que faz dele a boca da lei. Eles são agentes que devem estar comprometidos com a realidade e, assim, tomar as decisões que privilegiem a dignidade humana.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6.167, de 2019. Altera as Leis nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha) e nº 8.213, de 24 de julho de 1991, para transformar o auxílio-doença em benefício por incapacidade temporária ao trabalho e regulamentar sua concessão a vítimas de violência doméstica que tenham que se afastar do local de trabalho. **Sala das Sessões**, Brasília, DF, 26 nov. 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1837541&filename=PL+6167/2019>. Acesso em: 18 ago. 2020.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 ago. 2020.

_____. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Lei Maria da Penha. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 8 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 18 ago. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão de decisão que responsabilizou o INSS pelo afastamento de mulher ameaçada de violência doméstica. Recurso Especial (sem número). Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. 2019. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/RESP%20voto%20relator.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DIFERENÇA cai em sete anos, mas mulheres ainda ganham 20,5% menos que homens. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**, 11 mar. 2019. Disponível em: <<https://censo2020.ibge.gov.br/2012-agencia-de-noticias/noticias/23924-diferenca-cai-em-sete-anos-mas-mulheres-ainda-ganham-20-5-menos-que-homens.html>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

GARCIA, Diego. Desemprego aumentou em todas as regiões do Brasil com avanço do coronavírus. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 15 maio 2020. Disponível em: <[https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/05/desemprego-aumentou-em-12-estados-com-avanco-do-coronavirus.shtml#:~:text=A%20popula%C3%A7%C3%A3o%20desocupada%20foi%20de,de%20Domic%C3%ADlios\)%2C%20do%20IBGE.>](https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/05/desemprego-aumentou-em-12-estados-com-avanco-do-coronavirus.shtml#:~:text=A%20popula%C3%A7%C3%A3o%20desocupada%20foi%20de,de%20Domic%C3%ADlios)%2C%20do%20IBGE.>)>. Acesso em: 18 ago. 2020.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes; WIRTH, Maria Fernanda Pinheiro. **Primazia dos direitos humanos na jurisdição previdenciária: teoria da decisão judicial no garantismo previdenciário**. 1. ed. Curitiba: Alteridade, 2019.

MULHER vítima de violência doméstica terá direito a receber auxílio-doença. **Extra**, 18 set. 2019. Disponível em: <<https://extra.globo.com/noticias/economia/mulher-vitima-de-violencia-domestica-tera-direito-receber-auxilio-doenca-23957104.html>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

SAVARIS, José Antonio. A aplicação judicial do direito da previdência social e a interpretação perversa do princípio constitucional da precedência do custeio: o argumento alakazam. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 281-313, jul./dez. 2011. Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/14>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

SEVERI, Fabiana Cristina. **Enfrentamento à violência contra mulheres e à domesticação da Lei Maria da Penha:** elementos do prometo jurídico feminista no Brasil. 2017. 240 f. Tese de Livre Docência – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2017. Disponível em: <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/livredocencia/107/tde-22062017-093152/publico//LIVREDOCENCIA.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

TROMBETA, Martina Catini. **Inovações na determinação de que INSS deve arcar com auxílio-doença de vítima.** Consultor Jurídico, 18 out. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-out-18/opinioao-inss-arcas-auxilio-doenca-vitima-violencia>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

O FGTS NA PANDEMIA: VALORIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS DURANTE O CORONAVÍRUS

GUARANTEE OF TIME OF SERVICE FUND IN THE PANDEMIC: VALORIZATION OF LABOR RIGHTS DURING THE CORONAVIRUS

*Jair Aparecido Cardoso*³⁴³

*Andréia Chiquini Bugalho*³⁴⁴

*Davi de Arruda Mello Teixeira*³⁴⁵

*Carlos Alexandre Franco Garcia*³⁴⁶

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo principal tratar sobre implicações relacionadas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) que

³⁴³ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP-USP). Coordenador de do grupo de pesquisa "Transformação do Direito do Trabalho na sociedade pós-moderna e seus reflexos no mundo do trabalho (GEDTRAB FDRP/USP). E-mail: jaircardoso@usp.br.

³⁴⁴ Mestre em Direito Coletivo e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP), Professora da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito Ribeirão Preto – USP (FDRP/USP); Líder e membro do grupo de pesquisa “Contemporaneidade e Trabalho” da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Líder e membro do grupo de pesquisa “A Transformação do Direito do Trabalho na sociedade pós-moderna e seus reflexos no mundo do trabalho “da FDRP/USP. E-mail: andreiabugalho@gmail.com

³⁴⁵ Graduando pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP-USP). E-mail: daviarrudamello@usp.br

³⁴⁶ Graduando pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP-USP). E-mail: carlosgarcia99@usp.br

ficaram mais evidentes com a chegada da pandemia do coronavírus ao Brasil. Para auxiliar na análise final, será feita uma contextualização do Fundo que incluirá seu histórico legislativo, detalhes sobre a aplicação e o funcionamento de seu atual sistema e alguns dos desdobramentos sociais e econômicos dos últimos anos. Para tal análise, será utilizado o método de abordagem dedutivo e a técnica de pesquisa de documentação indireta, por meio de pesquisas doutrinárias, jurisprudenciais e documentos.

Palavras-chave: FGTS. COVID-19. Auxílio Emergencial. Direitos Trabalhistas.

ABSTRACT

This work has as main objective to deal with implications related to the Guarantee of Time of Service Fund (FGTS) that became more evident with the arrival of the coronavirus pandemic to Brazil. To assist in the final analysis, a contextualization of the Fund will be made, which will include its legislative history, details on the application and functioning of its current system and some of the social and economic developments in recent years. For this analysis, the deductive approach method and the indirect documentation search technique will be used, through doctrinal, jurisprudential and documents research.

Keywords: FGTS. COVID-19. Emergency Aid. Labor Rights.

INTRODUÇÃO

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) pode ser resumido a uma conta – como uma espécie de poupança – vinculada à Caixa Econômica Federal (CEF). Nela, o empregador deposita mensalmente 8% da remuneração paga ou devida ao empregado. Ainda, essa alíquota ou quantia de 8% não é descontada da remuneração do empregado, e é, portanto, sem ônus para este:

mantém-se a sua remuneração e, com referência nela, são depositados os 8%.

Atualmente, entende-se que o FGTS serve, de modo geral, para proteger o empregado e seu tempo de serviço. Além disso, serve também para fomentar programas sociais como habitação, saneamento básico, infraestrutura urbana e outros projetos relativos ao governo.

Apesar de todas suas finalidades, é importante ressaltar que o Fundo, tal como o conhecemos hoje, é resultado de diversos processos, tanto históricos como legislativos, jurídicos ou políticos. Por isso, para que o FGTS possa ser, mesmo que de forma pontual, analisado sob a ótica da pandemia do coronavírus, principal objeto deste Artigo, será feita uma contextualização que incluirá seu histórico legislativo, detalhes sobre a aplicação e o funcionamento de seu atual sistema e alguns dos desdobramentos sociais que auxiliarão na análise final.

1 HISTÓRICO LEGISLATIVO DO FGTS

Segundo a “Biografia do FGTS” (Caixa, 2016, p. 13), disponibilizada pela Caixa Econômica Federal – agente operador do Fundo –, no ano de 2016 o FGTS completou 50 anos com um total de R\$ 498 bilhões em ativos, patrimônio líquido superior a R\$ 100 bilhões e se consolidou como um dos principais agentes de desenvolvimento do país. Desde sua criação, “mais de R\$ 426 bilhões foram aplicados em obras de moradias populares, rodovias, portos, hidrovias, aeroportos, ferrovias, energia renovável e saneamento básico” e “mais de 4 mil municípios já tiveram obras financiadas com recursos do Fundo” (Caixa, 2016, p.13).

Para o FGTS se tornar o que é hoje, entretanto, o direito do

trabalho passou por diversos processos, muitos deles que já se mostravam desde a fase inicial dessa ciência jurídica no Brasil, como a aplicação do princípio da continuidade, que se preocupa em fazer perdurar a relação empregatícia no decorrer do tempo (SOUSA, 2013, p. 15).

Na chamada fase de institucionalização do Direito do Trabalho brasileiro, após já terem surgido as primeiras manifestações relacionada à importante questão da estabilidade, esta ideia passou a constar na legislação, sendo trazida tanto pela Constituição outorgada no ano de 1937 quanto pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), de 1943 (SOUSA, 2013, p. 16).

Antes do FGTS, o que se tinha, portanto – e em concordância com a ideia de estabilidade para o empregado –, era o “regime de indenização por tempo de serviço” (art. 478, CLT), que correspondia a 1 mês de remuneração para cada ano trabalhado, ou fração igual ou superior a 6 meses.

Nesse regime de indenização por tempo de serviço, era também pressuposto que, se o empregado contasse com 10 ou mais anos de serviço na mesma empresa, ele adquiriria a “estabilidade decenal”. Ela criava uma espécie de blindagem no empregado, que só poderia ser dispensado com justa causa, caso viesse a praticar uma falta grave (art. 482, CLT) devidamente averiguada por meio de uma apuração judicial denominada “inquérito judicial para apuração de falta grave” (arts. 494 e 853, CLT). Essa legislação criava um cenário em que, mesmo que o obreiro fosse dispensado antes de decorridos os dez anos, ele estaria obrigado a arcar com o óbice econômico da indenização, e, como regra geral, “a única hipótese em que o empregador poderia se abster de pagar a indenização ou afastar a estabilidade do obreiro, seria em caso de cometimento de falta grave apurada em inquérito judicial” (SOUSA, 2013, p. 16).

Tal inquérito é uma ação de natureza desconstitutiva, porque visa desconstituir o vínculo de emprego, e sua validação, para dispensar o empregado portador da estabilidade decenal, dependia de que fosse seguido um procedimento específico: o empregador primeiro suspendia o contrato daquele empregado que, possivelmente, tivesse cometido uma falta grave. Nesse caso, após a suspensão, aquele ajuizava a ação do inquérito judicial para apuração de falta grave em um prazo de até 30 dias, decadencial, contados a partir da suspensão do empregado. A partir disso, poderia ser ou não reconhecido que o empregado cometeu a falta grave: no caso afirmativo, era efetuada a dispensa por justa causa com data retroativa à data de suspensão, enquanto, no caso negativo, se não fosse constatada a falta grave, o pedido era julgado improcedente e todo o período de suspensão do empregado se transformava em interrupção, ou seja, o empregador deveria reintegrar o seu empregado, recebendo este, ainda, todas as vantagens do período de estabilidade.

Antes do FGTS surgir no Brasil, portanto, havia apenas a referida indenização por tempo de serviço do art. 478 e a ideia da estabilidade decenal. O resultado disso, entretanto, foi que esse sistema, e em especial a estabilidade decenal, começaram a ser alvos de muita crítica e de muita resistência por parte do empresariado. Com o tempo, já havia uma grande quantidade de reclamações por parte dos empregadores, que alegavam que a estabilidade decenal “acomodava” demais o empregado: por conta da segurança concedida a eles, de que não poderiam ser dispensados sem justa causa, teriam passado a se tornar menos produtivos. Além disso, alegavam que a estabilidade decenal onerava demais a empresa, tirando a possibilidade de dispensa dos empregados por motivos de, por exemplo, ordem econômica ou financeira.

Uma das consequências práticas iniciais dessa insatisfação foi

o costume em dispensar funcionários aos nove anos de serviço para afastar a estabilidade, ainda que fosse necessário arcar com o pagamento punitivo, que inclusive levou o Tribunal Superior do Trabalho (TST), à época, a “reduzir jurisprudencialmente o tempo para a aquisição da estabilidade de dez para nove anos de serviço” (SOUSA, 2013, p. 16-17). Essa, entretanto, não foi a única consequência. Durante o regime ditatorial, as críticas dos empresários aos institutos da estabilidade decenal e da indenização por tempo de serviço – que, para eles, eram prejudiciais à produtividade –, atrelaram-se à uma política contrária às reformas de base idealizadas no mandato de João Goulart, que sofreu o golpe militar de 31 de março de 1964 (SOUSA, 2013, p. 17).

Assim, durante esse contexto, O FGTS foi criado, em setembro de 1966, pela lei nº 5.107/66, objetivando regularizar a relação empregado x empregador, tendo em vista os conflitos de interesse existentes à época, mas, ao mesmo tempo, constituindo um pecúlio para o trabalhador quando de sua aposentadoria ou por ocasião da rescisão de seu contrato de trabalho (Caixa, 2001, p. 1).

A lei, que hoje se encontra revogada, foi, na época, regulamentada pelo decreto nº 59.820/66, e trouxe o FGTS, nesse primeiro momento, como um sistema alternativo àquela indenização por tempo de serviço. Isso fez com que se tornasse opcional a escolha pelo regime de indenização antigo ou pelo novo regime do FGTS, e acabou servindo para reduzir e enfraquecer a opção pela estabilidade decenal. O procedimento para se fazer essa opção era já no momento da contratação no caso de novos empregados que fossem contratados após a entrada em vigor da lei, e, no caso daqueles que já trabalhavam, o empregado teria 365 dias da entrada em vigor da lei para fazer a opção. Para SOUSA, “o FGTS se generalizou rapidamente” e “havia, inclusive, a possibilidade de aderir ao novo sistema retroativamente”

(2013, p. 17).

O regime do FGTS, por fazer com que o empregado renunciasse àquela estabilidade decenal, se tornou, na prática, regra: criou-se uma grande resistência por parte dos empregadores em contratar não-optantes do FGTS, já que isso não seria tão vantajoso quanto contratar alguém que optasse por esse regime.

O panorama de materialização dessa escolha pelo FGTS, instituído pela lei nº 5.107, era feita por escrito, pelo próprio trabalhador, com anotação na sua Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) em até 48 horas e, também, no livro de registro dos empregados. Além disso, a lei criou dois tipos de contas: uma conta individualizada e outra, vinculada. A conta vinculada é a que permanece até os dias de hoje, e, na época, era destinada aos optantes do FGTS, que recebiam do empregador o depósito da quantia de 8% do salário. Quanto à conta individualizada, destinava-se para os não-optantes regime do Fundo, e era uma conta de propriedade da empresa, mas individualizada em nome do empregado. Neste caso, a empresa tinha a faculdade de, caso quisesse, mesmo assim realizar os depósitos que seriam feitos em uma conta vinculada. Caso, futuramente, o empregado viesse a optar pelo FGTS, o saldo da conta individualizada seria transferido para sua nova conta vinculada. Já no caso em que o empregado não se tornou optante e foi demitido, o empregador poderia sacar de volta o saldo da conta individualizada, que pertencia a empresa.

O empregado optante poderia movimentar os saldos de sua conta vinculada por meio apresentação do documento de Autorização de Movimentação de Conta Vinculada do FGTS emitida pelo empregador (AM) – movimentação hoje autorizada pelo Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho (TRCT).

Sob a vigência da lei nº 5.107/66, o regime funcionava de

forma semelhante ao atual, mas com algumas ressalvas: a indenização do empregador para o empregado que é dispensado sem justa causa, por exemplo, que hoje é de 40%, na sob a lei antiga era de apenas 10% dos depósitos. Além disso, desde que houvesse autorização do Banco Central a conta vinculada bancária poderia ser aberta em qualquer instituição financeira, e não apenas na caixa econômica federal (CEF), como diz a lei atual. A opção retroativa do FGTS, mencionada anteriormente, que ocorria nos casos dos empregados que já tinham tempo de serviço antes de optar pelo regime, também deixou de existir após ter sido revogada a lei nº 5.107.

Esse sistema híbrido de regimes permaneceu por muitos anos, até o advento da Constituição Federal de 1988 (CF/88), que rompeu “[...] totalmente com o sistema anterior, o da estabilidade celetista e da indenização por tempo de serviço [...]”, e “[...] universalizou o FGTS ao passo em que revogou o sistema celetista” (SOUSA, 2013, P. 18). Diante disso, a CF/88 foi considerada um grande marco em relação ao FGTS, por extinguir a estabilidade decenal e trazer o FGTS como regime obrigatório para todos trabalhadores urbanos e, agora, para trabalhadores rurais, em regime único.

Um ano depois, em 1989, entrou em vigor a lei nº 7.839, que revogou a nº 5.107 e que, por sua vez, foi revogada pela atual lei do FGTS: a lei nº 8.036/90, ainda em vigor, regulamentada pelo decreto nº 99.684/90, sendo o FGTS um regime único de proteção contra despedidas arbitrárias.

2 FUNCIONAMENTO DO FGTS

O FGTS, instituído pela Lei nº 5.107, de 1966, consiste em um depósito mensal correspondente a 8% do salário do empregado – salvo contratos de aprendizado, 2% – que o empregador é obrigado a

depositar em uma conta bancária, que é unificada, da CEF no nome do trabalhador. Importante frisar que a porcentagem citada não é descontada do salário do empregado, pois o FGTS é uma obrigação do empregador.

Entende-se por empregador a pessoa física ou a pessoa jurídica de direito privado ou de direito público, da administração pública direta, indireta ou fundamental de qualquer dos Poderes, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que admitir trabalhadores a seu serviço, bem assim aquele que, regido por legislação especial, encontrar-se nessa condição ou figurar como fornecedor ou tomador de mão de obra, independente da responsabilidade solidária e/ou subsidiária a que eventualmente venha obrigar-se.

O objetivo do FGTS é auxiliar o trabalhador caso ocorra encerramento da relação de emprego, seja por conta de uma demissão sem justa causa, doenças graves e até mesmo catástrofes naturais. Assim, em momentos de emergência, o trabalhador pode sacar fundo.

O trabalhador também pode sacar o FGTS em outros momentos especiais, como da aposentadoria ou da aquisição da casa própria. Focando neste último, o FGTS possui papel fundamental na concretização do sonho da casa própria dos brasileiros, tornando-se de extrema importância para o financiamento habitacional, além de contribuir para a arrecadação de recursos para aplicação em programas sociais, como a própria habitação popular, o saneamento básico e infraestrutura urbana.

Isso decorre do fato de o sistema do FGTS, indiretamente, propiciar um à formação desse fundo de aplicação, pois o FGTS rende atualização monetária e juros. Este pode variar conforme o período em que o funcionário optou pelo Fundo de Garantia, variando de 3 a 6% ao ano. A Lei nº 8.036/90 é o dispositivo que fundamenta o

rendimento das contas desse fundo. Portanto, os recursos não ficam parados nas contas da CEF.

Porém, o FGTS não é direito de todos os trabalhadores do país. Para possuir direito ao FGTS o trabalhador deve ter carteira assinada, sendo regido pela CLT e ter firmado o seu contrato de trabalho a partir de 05/10/1988. Com isso, tem direito ao fundo os trabalhadores rurais, os avulsos, os atletas profissionais, os temporários, os safreiros, os intermitentes, os diretores não-empregados e os empregados domésticos.

Como o recolhimento do FGTS deve ser feito exclusivamente pelo empregador, respeitando o prazo de pagamento (até o dia 7 de cada mês), caso ele interrompa o recolhimento antes do término do contrato de trabalho, irá se tornar inadimplente perante o FGTS. Nesse cenário, o empregado pode recorrer à Justiça Trabalhista, pedindo o recolhimento por parte do empregador.

A interrupção do pagamento por parte do contratante pode ser feita quando o empregado estiver afastado do trabalho, salvo por licença médica, por acidente de trabalho e para tratamento de saúde (nos primeiros 30 dias); serviço militar obrigatório; férias; exercício de cargo de confiança imediato do empregador; licença maternidade e paternidade e outros casos de ausência remunerada. Para o trabalhador verificar se o contratante está recolhendo corretamente o FGTS, a melhor maneira é consultando o saldo de sua conta na CEF.

Importante diferenciar o FGTS ativo e o inativo. O primeiro é aquele que está disponível para retirada ou está em vigor sendo abastecido mensalmente pelo empregador com a taxa de 8% do rendimento salarial do empregado. Já o segundo é referente a contas que, atualmente, não recebem mais depósitos e não podem ser acessadas, exceto em situações especiais, como decretos do governo visando ao aquecimento da economia.

Diante de todo o exposto, o trabalhador tem a opção de utilizar os recursos, sacando-os, ou deixá-los rendendo, pois, apesar de ser um rendimento considerado baixo, ele é relevante a longo prazo.

O empregado deve sempre ter em mente que o FGTS é um benefício para situações realmente emergenciais, atuando como última fonte de recursos em caso de necessidade. Portanto, executar um acordo de demissão para ter acesso ao fundo não é uma boa alternativa, pois o trabalhador estaria abrindo mão de diversos benefícios de funcionários, como férias e 13º salário, além da imprevisibilidade do mercado de trabalho.

Existe, ainda, a alternativa de sacar os recursos do FGTS para reinvesti-los, porém, como qualquer investimento, há riscos. Por isso, é recomendado que o valor seja investido em produtos de renda fixa ou títulos públicos, a fim de maior segurança financeira para o empregado no caso de ele vir a perder o emprego.

No Brasil, como já dito, o FGTS é muito utilizado por seus beneficiários para quitar financiamentos imobiliários. O empregado pode sacar recursos para esse fim, porém ele não terá acesso ao dinheiro caso ele tenha ao menos outro imóvel em seu nome. Desse modo, o fundo é comumente utilizado para a conquista da casa própria, sendo muitas vezes fundamental para amortizar a dívida do imóvel. Mas o trabalhador deve analisar alguns aspectos, como a taxa de juros do financiamento, o rendimento do FGTS e o valor faltante para a quitação. Isso contribuirá para que seja feita a melhor escolha dentro do quadro, evitando a impossibilidade de resolver a dívida e correndo o risco de perder o imóvel.

Em caso de aposentadoria, o aposentado também poderá sacar os recursos de seu FGTS após receber a carta de concessão do INSS, a qual comunica a liberação do fundo de garantia para saque. Mesmo que o aposentado pelo INSS continue trabalhando, ele tem direito a

receber o benefício integral. Vale citar que trabalhadores com mais de 70 anos, também têm direito à acessar os recursos do FGTS, descartando a necessidade de prazos para tal, pois é um benefício garantido por lei ao trabalhador.

Nas demissões sem justa causa, o trabalhador pode realizar o saque do FGTS e receber a multa indenizatória de 40%. Assim como, o empregado tem acesso aos recursos do fundo caso a empresa feche ou em caso de morte do empregador, a depender das circunstâncias do vínculo empregatício. Doenças graves do trabalhador ou de seus familiares, como câncer, aids e doenças terminais, também fazem com que o indivíduo tenha acesso ao fundo em caráter emergencial, a fim de ajudar nos cuidados da saúde da pessoa doente. Além disso, há a possibilidade de saque para a aquisição de órtese e prótese, com o intuito de promover uma melhor acessibilidade e inclusão social.

Por fim, a reforma trabalhista aprovada possibilita o saque do FGTS pelo empregado que, em comum acordo com o empregador, decidir extinguir o contrato de trabalho. Isso se dá pois a reforma permite que o empregador e o funcionário possam chegar a um acordo que assegure certas garantias ao trabalhador, entre elas, o FGTS. Embora o trabalhador possa sacar até 80% do fundo, recebendo apenas uma multa de 20% sobre os depósitos, ele perderá o direito ao seguro-desemprego.

3 DESDOBRAMENTOS SOCIAIS

Por ser resultado de tantos processos históricos e legislativos, uma análise do FGTS em tempos de crise – como a causada pela pandemia do Covid-19, que deixou o mundo inteiro em estado de alerta – depende do entendimento de alguns dos principais desdobramentos sociais que se relacionam ao Fundo, bem como da

análise, de forma crítica, da função e do alcance do FGTS em um país tão desigual.

A precarização das relações de trabalho se mostra evidente não só em governos que adotam uma postura alinhada com o neoliberalismo, mas também de modo praticamente inerente à relação de produção capitalista. O FGTS, por ter sido colocado como integrante da política social do governo militar, também pode ser visto, de certa forma, como algo que interferiu nessa relação e elevou o índice de rotatividade no emprego, ainda mais quando comparado com o já mencionado instituto da estabilidade decenal. A substituição de regimes para um Fundo com recursos captados compulsoriamente figurou importante elemento do plano de reestruturação econômica e, com o tempo, “se transfigurou na face social da política econômica do governo” (VALERIANO, 2008, p. 88).

De qualquer modo, com o passar do tempo o FGTS se tornou bem aceito pela maioria dos empregados e empregadores ou, ao menos, se tornou muito bem naturalizado: a garantia mais imediata de vantagem econômica adquirida com o FGTS ganhou popularidade em relação à garantia de longo prazo do regime anterior. Além disso, vale mencionar que o vínculo da legislação do Fundo com o capital financeiro torna-se muito importante em uma análise econômica.

Como a garantia ao emprego não está dada nesse dispositivo, mas apenas uma relativa limitação do poder de desligamentos dos empregados, pode-se entender que a entrada do regime do FGTS diminuiu o número de medidas que asseguram, de forma efetiva, a permanência e o ingresso no mercado de trabalho. Toda essa situação implica em dificuldades sociais e, até mesmo, direciona a sociedade para uma associação do trabalho a uma mercadoria, que se torna descartável quando não mais rentável ao capital (VALERIANO, 2018, p. 99).

Uma das dificuldades que se resulta também desse processo (mas não somente dele) é a questão da informalidade do trabalho, que em seu “modo de ser” demonstra a ampliação acentuada de trabalhos submetidos a sucessivos contratos temporários, sem estabilidade, sem registro em carteira, dentro ou fora do espaço produtivo das empresas, quer em atividades mais instáveis ou temporárias, quando não na condição de desempregado.

A informalidade é muitas vezes dividida por modalidades, que podem ser de (i) trabalhadores informais tradicionais, (ii) trabalhadores informais assalariados sem registro ou de (iii) trabalhadores informais por conta própria, que configuram, juntas, um quadro caracterizado por um processo tendencial de precarização estrutural do trabalho. Chama-se tal precarização de estrutural por ter raízes tanto na estrutura legislativa quanto nas mais modernas formas de empreendimento e cooperativismo que deturpam as condições de remuneração da força de trabalho e aumentam os níveis de sua exploração. (ANTUNES, 2011, p. 407-413).

Sobre toda a estrutura que envolve a precarização do trabalho, ainda acrescenta ANTUNES:

Inseridos na divisão social do trabalho capitalista, essa gama de trabalhadores informais contribui para que se efetive a circulação e consumo das mercadorias produzidas pelas empresas capitalistas. A forma de inserção no trabalho informal é extremamente precária e se caracteriza por uma renda muito baixa, além de não garantir o acesso aos direitos sociais e trabalhistas básicos, como aposentadoria, FGTS, auxílio-doença, licença-maternidade; se ficarem doentes são forçados a parar de trabalhar, perdendo integralmente sua fonte de renda (2011, p. 409).

Essa realidade demonstra como o sistema de precarização do trabalho gerado pela informalidade se autossustenta e, ainda,

potencializa as implicações já esperadas de um trabalho informal, como a baixa renda e a ausência de direitos básicos.

Além disso, a informalidade configura outro grande problema econômico relacionado ao FGTS: sua sonegação e inadimplência. Segundo informações da Pnad Contínua/IBGE, os empregadores que contratam os trabalhadores informais, além de negar-lhes a proteção social e as condições de trabalho digno, são responsáveis por uma sonegação anual de R\$ 100,0 bilhões em contribuições à Previdência e ao FGTS.

Outra questão, que, além de favorecer a informalidade, colabora com a questão supracitada do FGTS são demissões em que, por acordo entre o empregador e o empregado, abre-se mão do FGTS. O Brasil, por ser um dos únicos países da América Latina em que há uma combinação de três mecanismos de auxílio para demissões “desmotivadas”: o fundo individual (FGTS), a multa rescisória e o seguro-desemprego. Essa combinação resulta em “incentivos adversos” sobre a oferta de trabalho, pois afeta os indivíduos (BARROS; CORSEUIL; FOGUEL, 2000) (GONZAGA e PINTO, 2014).

O que se tem, na prática, como fruto destes acordos que fogem do alcance do direito, é a possibilidade de acesso a um conjunto de recursos monetários que favorece a ocorrência de demissões simuladas, resultadas desses acordos fraudulentos entre empregador e funcionário (podendo ser de iniciativa de ambos os lados). Embora não seja simples verificar a magnitude da ocorrência de tal prática, e sob quais circunstâncias ou contextos ela é mais frequente, ela não deixa de ser uma realidade, sobretudo devido à falta de capacidade de fiscalização por parte da estrutura estatal.

4 COVID-19: IMPACTOS

O ano de 2020 está sendo marcado pela pandemia do covid-19, a qual já ceifou milhões de vidas ao redor do mundo. O coronavírus chegou ao Brasil no fim do mês de fevereiro, crescendo exponencialmente. As consequências geradas por essa doença infecciosa são enormes e, apesar de sua letalidade, os problemas econômicos gerados também são relevantes.

Para diminuir a taxa de mortalidade causada pela doença, os governos mundiais tomaram medidas a fim de aumentar o isolamento social para que haja uma redução na velocidade de propagação do vírus e controle no ingresso nos sistemas de saúde.

Entre as medidas de isolamento, a principal é o fechamento dos serviços não essenciais, permanecendo em funcionamento apenas os essenciais, como o setor de saúde e o alimentício. Assim, grande parte dos comércios tiveram que fechar as portas.

Em momentos de difícil acesso a empregos, o governo desenvolveu projetos para auxiliar os trabalhadores diante do quadro emergencial que o país está passando, dentre eles, a liberação do FGTS. A liberação de quantias disponíveis para saque do FGTS tornou-se uma importante alternativa para ajudar financeiramente a população.

O art. 20 da Lei nº 8.036/1990 lista hipóteses em que a conta do FGTS pode ser movimentada. No inciso XVI deste dispositivo, é incluída a hipótese em que há “necessidade pessoal, cuja urgência e gravidade decorra de desastre natural”. Todavia, a lei não conceitua o que é “desastre natural”, o que é feito pelo Decreto nº 5.113/2004. No art. 2º deste decreto, não há menção ao termo pandemia, bem como não há citação de terremotos, tsunamis, dentre outros. Logo, é possível notar que tal dispositivo tem função meramente exemplificativa,

permitindo-se interpretação extensiva quando relacionado ao princípio constitucional de proteção à finalidade social do fundo, conforme entendimento do STJ.

Quanto à necessidade pessoal, urgente e grave, já foi mostrado anteriormente que a pandemia do coronavírus está gerando essa necessidade para os trabalhadores. O Decreto Legislativo nº 6/2020, que reconhece o estado de calamidade pública decorrente da pandemia de coronavírus, impôs várias restrições à população por razões de medida sanitária. Esse fato trouxe impacto financeiro para o trabalhador, modificando a situação financeira de diversos empregados (necessidade pessoal urgente e grave), pois, em virtude da MP 936/2020, é possível proceder com a suspensão temporária do contrato, com a suspensão para realizar curso, e com a redução do salário proporcional à jornada. Portanto, todos os requisitos legais para movimentação da conta vinculada estão devidamente preenchidos.

Nessa mesma Medida Provisória, no artigo 6º, há a disponibilidade de saque aos titulares de conta vinculada ao FGTS, o qual é um direito dos trabalhadores, como versa o artigo 7º, III, da CF/88. Porém, tal MP limita o valor a ser sacado em até R\$ 1.045, além de determinar as datas em que será possível para o trabalhador realizar o saque.

Duas ações diretas de inconstitucionalidade chegaram ao Supremo Tribunal Federal (STF) por conta disso. A primeira, feita pelo Partido dos Trabalhadores, pedia uma liminar para autorizar o saque do FGTS (ADI 6371), alegando que o reconhecimento do estado de calamidade pública é suficiente para que seja autorizado o levantamento dos recursos das contas dos trabalhadores, descartando a necessidade de edição de norma ou regulamento específico. Não obstante, o artigo art. 20, da Lei do FGTS, permite a movimentação

da conta vinculada nos casos de necessidade pessoal por urgência e gravidade que decorra de desastre natural. Somado a isso, afirma ser temerário e contraditório a limitação dos valores para saque do FGTS, devendo, portanto, o saque ser liberado de maneira integral.

O ministro Gilmar Mendes, em sua decisão, alegou que, embora autorize a movimentação, o artigo 20 da Lei 8.036/1990 precisa ser regulamentado para a viabilizar o exercício desse direito subjetivo. E, segundo ele, o regulamento em vigor no momento do ajuizamento da ação aparentemente não se aplica ao caso de pandemia, como a reconhecida pelo Decreto de Calamidade Pública do Congresso Nacional.

A segunda Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 6379) foi feita pelo PSB, que contestou os prazos e a limitação do saque presentes na MP 946. O partido também argumenta que o reconhecimento formal do estado de calamidade é suficiente para permitir o saque dos valores e requer a liberação imediata e prioritária de até R\$ 6.220 para pessoas que recebam até dois salários mínimos e para maiores de 60 anos, gestantes e portadores de doenças crônicas.

Segundo Gilmar Mendes, a limitação diversa das regras atuais é razoável diante do contexto da pandemia. Citou também que, segundo informações do Ministério da Economia, a MP 946 beneficiará 60,8 milhões de trabalhadores que têm contas ativas no FGTS, e 30,7 milhões poderão sacar todo o saldo, por ser inferior a um salário mínimo. Ainda conforme o ministério, até 70% das contas do FGTS dos trabalhadores de baixa renda poderão ser zeradas. Se forem mantidos os limites previstos na medida provisória, o volume máximo potencial de saques é de R\$ 36 bilhões, mas o deferimento da liminar “corresponderia a uma perda de liquidez imediata para o FGTS de mais de R\$ 137 bilhões, ultrapassando em mais de R\$ 100 bilhões a capacidade de pagamento do fundo”. Também salientou que,

ao menos em juízo liminar, não constatou de que modo a concessão do saque do FGTS nos moldes da MP 946 pode violar os princípios questionados pelo partido. Segundo ele, o perigo da demora é inverso, pois o deferimento da cautelar poderia, “em última análise, prejudicar a capacidade de pagamento do FGTS neste instante”.

Essa exposição fomenta uma reflexão importante diante de alguns aspectos sobre o uso do FGTS, haja vista que o objetivo do FGTS é formar um "patrimônio" para ser utilizado em momentos especiais (situações emergenciais). Por esta razão, se o trabalhador pode utilizar os recursos do FGTS para a moradia nos casos de aquisição de imóvel novo ou usado, construção, liquidação ou amortização de dívida vinculada a contrato de financiamento habitacional, por qual motivo não pode utilizar ditos recursos integralmente para ajudar a mantê-lo em sua sobrevivência e de sua família?

O cenário criado pela pandemia do coronavírus enquadra-se no conceito de “desastre natural”, logo já é previsto na Lei do FGTS, não sendo necessária a ratificação da MP 946. Todavia, os pontos mais relevantes acerca da utilização do FGTS como auxílio para os trabalhadores são: a limitação do valor a ser sacado e os prazos para efetuar esses saques.

Quanto a limitação do valor, é plausível o argumento do ministro Gilmar Mendes, levando em conta os dados apresentados pelo Ministério da Economia. De fato, a liberação integral para saque do FGTS poderia acarretar graves problemas, caso feito de maneira imprudente. Isso porque, não há dinheiro suficiente no fundo para atender a quantia integral de todos os saques.

Porém, os dados trazem luz a outro problema, pois 30,7 milhões de pessoas possuem um saldo no fundo inferior a um salário mínimo. Muito provavelmente, essa quantia não será suficiente para a

sobrevivência dessas pessoas ao longo de todo o período que a crise ocasionada pela Covid-19.

Já quanto aos prazos, a liberação do saque emergencial FGTS seguirá um calendário baseado no mês de nascimento dos trabalhadores. Nesse modelo, trabalhadores nascidos no mês de outubro, novembro e dezembro, só terão acesso ao crédito na conta da poupança social digital em setembro deste ano. Vale ressaltar que a pandemia chegou ao Brasil no final de fevereiro, intensificando-se nos meses seguintes. Logo, o saque emergencial do FGTS não está contribuindo para amenizar a situação urgente e imediata que milhões de trabalhadores estão sofrendo, devido à redução de salários e a demissões.

Embora a situação de trabalhadores dependente do saque emergencial do FGTS já seja extremamente delicada, no Brasil, a informalidade é o outro polo de grande importância diante da pandemia.

Trabalhadores informais não possuem direito ao FGTS e, portanto, não têm acesso ao auxílio feito através do fundo. A quantidade de pessoas consideradas como trabalhadores informais, no início de maio, era de 29,9 milhões. Importante frisar que esse número considera os trabalhadores que estão ocupados, ou seja, estão em atividade. Conforme divulgado pelo IBGE, esse número caiu para 29 milhões de pessoas, o que representa uma queda na quantidade de trabalhadores informais em atividade.

Isso não é considerado uma boa indicação, visto que os trabalhadores informais, em tempos de crise, são tidos como importantes para a manutenção do movimento econômico. Com essa queda no meio da crise vivida pelo país, fica explícita a redução dos movimentos econômicos, evidenciando o desaquecimento do comércio, o qual é o berço das atividades informais. A queda atingiu

o comércio de rua, camelódromos, vendas nas praias, dentre outros.

Visto isso, nem mesmo as atividades informais estão conseguindo atravessar a crise sem serem fortemente atingidas. Logo, uma imensa parcela de brasileiros encontra-se sem meios de obter renda para o seu próprio sustento e de suas famílias.

Diante disso, o governo federal introduziu um auxílio emergencial destinado a atender os trabalhadores informais, bem como os microempreendedores individuais (MEI), autônomos e desempregados. O auxílio emergencial consiste no pagamento de três parcelas de R\$ 600,00, com a finalidade de ajudar esses trabalhadores e empreendedores a arcar com as dívidas e tentar manter o negócio vivo, evitando um fechamento generalizado do comércio.

Importante destacar que não é possível receber o auxílio emergencial aqueles trabalhadores com vínculo de emprego (carteira assinada), pois eles já possuem o auxílio através do FGTS, nem mesmo aqueles que foram demitidos em decorrência da pandemia do coronavírus, uma vez que terão acesso ao FGTS e ao seguro desemprego.

Para receber o benefício, o candidato deve ser maior de 18 anos, ser desempregado ou enquadrar-se nos grupos supracitados. A família do candidato deve ter renda mensal por pessoa inferior a meio salário mínimo, ou renda mensal total da família inferior a três salários mínimos. Não será eleito nenhum candidato que já esteja recebendo benefícios previdenciários, assistenciais ou de transferência de renda federal, salvo Bolsa Família.

Segundo a CEF, cerca de 64 milhões de pessoas receberam o benefício, totalizando R\$ 83,2 bilhões. Contudo ainda há, aproximadamente, 2,7 milhões de pessoas aguardando a avaliação do Dataprev para ter acesso ao benefício. A quantidade de trabalhadores dependentes do governo nesse momento é impressionante. Os direitos

trabalhistas devem se fazer presentes e o governo deve proteger e preservar os trabalhadores, principalmente os informais, que representam grande parcela da população e estão mais expostos devido à ausência de direitos, garantias e fortes proteções trabalhistas.

CONCLUSÃO

Após todo o exposto, é nítida a importância que os direitos trabalhistas possuem para a sociedade brasileira. Os trabalhadores são essenciais para o funcionamento de qualquer civilização.

Por isso, são essenciais leis que asseguram e garantem a inclusão social e a proteção às pessoas com poucos recursos financeiros, a fim de respeitar a dignidade da pessoa humana.

Crises econômicas ocorrem com frequência e afetam diretamente os trabalhadores, registrados ou informais. Elas escancaram problemas preexistentes na sociedade, potencializando-os.

No caso atual, a pandemia do covid-19 maximiza tanto a desigualdade social quanto as deficiências que existem na sociedade brasileira. O vírus não criou todos os problemas que estão visíveis agora, todavia, trouxe-os à luz. Por ser uma doença altamente contagiosa, ele afetou em cheio as atividades econômicas do país e do mundo.

Diante disso, concluímos que o FGTS exerce um papel central para o desenvolvimento econômico, e essencial para salvaguardar o trabalhador em momentos de crise, sendo assim, necessário desburocratizar o acesso ao FGTS.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. Os modos de ser da informalidade: rumo a uma nova era da precarização estrutural do trabalho?. **Serv. Soc. Soc.**, São Paulo , n. 107, p. 405-419, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282011000300002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 12 jun. 2020.

ARAÚJO, Celso Amorim. Avanços Recentes na Política de Combate à Informalidade do Trabalho Assalariado no Brasil: ações da secretaria de inspeção do trabalho. **Mercado de trabalho: conjuntura e análise**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Ministério do Trabalho, v.1, n.0, 2018.

BARROS, R. P.; CORSEUIL, C. H.; FOGUEL, M. Os incentivos adversos e a focalização dos programas de proteção ao trabalhador no Brasil. **Planejamento e Políticas Públicas**, Brasília, n. 22, p. 3-45, 2000.

CALCINI, Ricardo; DUARTE, Anita. Saque integral do FGTS em tempos de covid. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 14 de abr. de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-14/duarte-calcini-saque-integral-fgts-tempos-covid-19>>. Acesso em: 17 de jun. 2020.

GONZAGA, G.; PINTO, R. C. Rotatividade do trabalho e incentivos da legislação trabalhista. Texto para Discussão n. 625. **Departamento de Economia – PUC-Rio**, 2014. Disponível em: <http://www.econ.puc-rio.br/uploads/adm/trabalhos/files/td625.pdf>

SOUSA, Livia Pereira Alves de. O FGTS e seus efeitos na vida do empregado público brasileiro. **Conteúdo Jurídico**, Natal/RN: 2013. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/35252/o-fgts-e>

seus-efeitos-na-vida-do-empregado-publico-brasileiro>. Acesso em: 09 jun. 2020.

CADÓ, Iriana. O desemprego fora das estatísticas oficiais: os últimos dados sobre trabalho. Brasil de Fato, São Paulo (SP), 17 de jun. de 2020. Disponível em <<https://www.brasildefato.com.br/2020/06/17/artigo-o-desemprego-fora-das-estatisticas-oficiais-os-ultimos-dados-sobre-mercado>> Acesso em: 18 de jun. de 2020.

Caixa Econômica Federal. BREVE HISTÓRICO DO FGTS. www1.caixa.gov.br. 2001. Disponível em: <<http://www1.caixa.gov.br/canalfgts/pdf/HistoricoFGTS.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

Caixa Econômica Federal. Novos saques do FGTS. www1.caixa.gov.br. 2020. Disponível em: <<http://www.caixa.gov.br/beneficios-trabalhador/fgts/saque-FGTS/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

DOCA, Geralda. Auxílio emergencial: quase 3 milhões ainda aguardam na fila pagamento da primeira parcela. O Globo, 18 de jun. 2020. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/auxilio-emergencial-quase-3-milhoes-ainda-aguardam-na-fila-pagamento-da-primeira-parcela-24486385>>. Acesso em: 18 de jun. 2020.

Caixa Econômica Federal. **Biografia FGTS: Uma história contada por aqueles que fizeram do Brasil um lugar melhor para milhões de pessoas** – Livro 1. [caixa.gov.br](http://www.caixa.gov.br). Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.caixa.gov.br/Downloads/fgts-informacoes-diversas/livro-digital_bio-fgts-parte_I.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

VALERIANO, Maya Damasceno. **O processo de precarização das relações de trabalho e a legislação trabalhista: o fim da estabilidade**

no emprego e o FGTS. Dissertação (mestrado) - UFF. Niterói, RJ: Universidade Federal Fluminense, 2008.

O FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO: EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO REGULADORA E ASPECTOS GERAIS.

SERVICE TIME GUARANTEE FUND: EVOLUTION OF REGULATORY LEGISLATION AND GENERAL ASPECTS.

*Bruno Walker Farias Cunha*³⁴⁷

*Luan Henrique Bailly*³⁴⁸

*Jair Aparecido Cardoso*³⁴⁹

*Andréia Chiquini Bugalho*³⁵⁰

RESUMO

O presente artigo pretende analisar o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) sob uma ótica, essencialmente, de Direito do

³⁴⁷ Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP-USP). E-mail: bruno_woolker@usp.br

³⁴⁸ Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP-USP). E-mail: luanbailly@usp.br

³⁴⁹ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP-USP). Coordenador de do grupo de pesquisa "Transformação do Direito do Trabalho na sociedade pós-moderna e seus reflexos no mundo do trabalho (GEDTRAB FDRP/USP). E-mail: jaircardoso@usp.br

³⁵⁰ Mestre em Direito Coletivo e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP), Professora da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito Ribeirão Preto – USP (FDRP/USP); Líder e membro do grupo de pesquisa “Contemporaneidade e Trabalho” da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Líder e membro do grupo de pesquisa “A Transformação do Direito do Trabalho na sociedade pós-moderna e seus reflexos no mundo do trabalho “da FDRP/USP. E-mail: andreiabugalho@gmail.com

Trabalho. Nesse sentido, far-se-á a abordagem dos principais tópicos e assuntos relevantes relacionados a este tema, desde o aspecto histórico, datando de antes da sua criação, até a sua atual administração. Ademais, cabe colocar que também serão debruçadas as características principais que constituem o FGTS, a partir das quais se poderá traçar um paralelo tanto da relação entre elas e o próprio conceito e natureza do Fundo quanto da sua evolução, desde o momento inicial em que foi implementado, o período durante o qual a sua abrangência foi se alastrando, até, ao final deste trabalho, a verificação da sua importância e das suas implicações nos mais diversos segmentos da sociedade nos dias atuais. Para tal análise, será utilizado o método de abordagem dedutivo e a técnica de pesquisa de documentação indireta, por meio de pesquisas doutrinárias, jurisprudenciais e de documentos.

Palavras-chave: FGTS. Direito do Trabalho. Garantia.

ABSTRACT

The present article intends to analyze the Service Time Guarantee Fund (FGTS) from an essentially Labor Law perspective. In this sense, the main topics and relevant issues related to this topic will be addressed, from the historical aspect, dating from before its creation, to its current administration. In addition, it is worth mentioning that the main characteristics that make up the FGTS will also be addressed, from which it will be possible to draw a parallel both of the relationship between them and the Fund's own concept and nature and of its evolution, from the initial moment when it was implemented, the period during which its scope spread, until, at the end of this work, the verification of its importance and its implications in the most diverse segments of society today. For this analysis, the deductive approach method and the indirect documentation search technique will be used, through doctrinal, jurisprudential and documentary research.

Keywords: FGTS. Labor Law. Warranty.

INTRODUÇÃO

Inicialmente constituído como contraponto à já instaurada estabilidade decenal, o FGTS, cada vez mais, foi ganhando protagonismo no âmbito do Direito do Trabalho brasileiro. Além disso, o Fundo, à medida que foi evoluindo, ganhou ainda mais espaço e notoriedade no campo social, sendo hoje um dos principais fundos sociais com destinação variável do Brasil. Este caráter multidimensional é trazido pela doutrina, nas palavras de Maurício Godinho Delgado:

O FGTS é instituto de natureza multidimensional, complexa, com preponderante estrutura e fins justralhistas, os quais se combinam, porém, harmonicamente, a seu caráter de fundo social de destinação variada, tipificada em lei. Por isso associa traços de mera figura trabalhista com traços de figura afeta às contribuições sociais, formando, porém, instituto unitário. (DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 2017, p. 1448).

Dessa maneira, é possível notar que o referido Fundo se constitui como um instituto bastante dinâmico, cuja historicidade é bastante característica do modo como se aplica. Isso porque, atendo-se ao enfoque trabalhista, função precípua do FGTS, uma vez que o sistema é responsável por assegurar e harmonizar as relações entre empregadores e empregados, protegendo seus interesses e visando compatibilizá-los, existe uma preocupação muito grande em atender aos anseios da sociedade no que concerne às relações trabalhistas.

Por conta disso, para uma melhor compreensão a respeito do FGTS, é necessário abordar os pontos que são tidos como essenciais e que servem como pilares para a sua sustentação. A já mencionada historicidade é um deles. Outrossim, também é mister entender o

modo como se perfaz a movimentação dos valores constantes do Fundo, nela englobados tanto o recolhimento, feito pelo empregador e dirigido ao empregado, quanto o saque e as suas mais variadas possibilidades de realização. Ainda sobre este último, cabe salientar que existem três grandes grupos que englobam as hipóteses de retirada do saldo – com vinculação rescisória, similares e sem vinculação rescisória -, além de um tema bastante importante a ele ligado que é o acréscimo rescisório sobre o FGTS.

Ademais, também é preciso entender a abrangência do Fundo sobre as díspares espécies de trabalhadores. Isso porque, em que pese a Constituição Federal (CF/1988), em seu art. 7º, III, garanta o FGTS como um direito fundamental para uma enorme fatia da sociedade, é importante entender como se deu tal aquisição, a partir do seu contexto, bem como é necessário analisar a relação entre o Fundo e outras espécies de profissionais, tais quais os empregados domésticos, os diretores de sociedade sem vínculo empregatício e os trabalhadores avulsos.

Não menos relevante, a administração do FGTS também é um tópico basilar para uma compreensão satisfatória deste sistema. Para tanto, cabe analisar quais as diretrizes que o regem, bem como verificar como é feita a composição do Conselho Curador, responsável pela elaboração de tais diretrizes.

1 A LEGISLAÇÃO TRABALHISTA ANTERIOR E A CRIAÇÃO DO FGTS

O Direito do Trabalho no Brasil, desde a sua fase de manifestações incipientes e esparsas, priorizou os princípios da continuidade da relação de emprego e da inserção do trabalhador na empresa, buscando criar mecanismos que fizessem afirmar tais

princípios. Isso se deu com a promulgação da Lei previdenciária nº 4.682/1923, que instituiu uma garantia de estabilidade ligada à previdência a ferroviários, após 10 anos de serviços prestados. Tal estabilidade, posteriormente, deixou de ser relacionada à previdência e se tornou um diploma legal relativo ao contrato de trabalho, passando a constar na Constituição de 1937, também incluindo-se, mais tarde, na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT/1943) e, adiante, na Constituição de 1946, quando foi estendida ao trabalhadores rurais.

Para a garantia da continuidade de trabalho, além da estabilidade após 10 anos, foi criado um obstáculo econômico às demissões sem justa causa: a indenização por tempo de serviço. Tal indenização era calculada com base na maior remuneração obreira por ano contratual e estava prevista na CLT, arts. 477 e 478. Portanto, o empregador só poderia demitir um funcionário antes dos 10 anos da estabilidade decenal e ainda necessitaria pagar a ele a indenização rescisória.

Desse modo, adquirida a estabilidade, surge um obstáculo jurídico intransponível, não havendo possibilidade de denúncia vazia do contrato, sendo as demissões por justa causa analisadas judicialmente para apurar a existência de falta grave. Ressalta-se ainda que a jurisprudência atuou no sentido de ampliar tais direitos trabalhistas, estabelecendo a Súmula nº 26 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que a estabilidade já se daria a partir do nono ano de serviços prestados, não precisando, necessariamente, de 10 anos de trabalho efetivo.

Este sistema de garantia de estabilidade sofreu diversas críticas por conta de sua rigidez, vindas em suma maioria dos empregadores e empresários brasileiros. Tais críticas ganharam voz em 1964 com o início da ditadura militar no Brasil, pois os militares

importaram um modelo econômico neoliberal, e, segundo princípios e ideias que buscavam dinamizar as relações de trabalho e liberalizar esse mercado, foi apresentada uma alternativa à estabilidade celetista: o FGTS.

O FGTS foi criado pela Lei nº 5.107 de 1966 (hoje regulado pela Lei nº 8.036 de 1990), como uma alternativa ao modelo de estabilidade, em que o trabalhador poderia selecionar a opção do FGTS de forma expressa no momento da celebração do contrato. Segundo Maurício Godinho Delgado (2017, p. 1410), neste modelo de fundo, o trabalhador recebe uma porcentagem de 8% do seu salário total mensal em uma conta vinculada - nisso estaria inclusa a média de gorjetas também -, porém, ao escolher tal opção, o empregado seria automaticamente excluído do sistema de indenização por tempo de serviço, bem como não mais poderia alcançar a estabilidade decenal.

O direito ao saque do FGTS só se dava em casos de demissão sem justa causa, aposentadoria ou falecimento do obreiro, situação em que seus herdeiros poderiam reivindicar tal fundo. Essas três situações não eram contempladas pelo sistema de indenização celetista anterior, sendo novidade exclusiva do novo sistema.

Em que pese só tenha sido implantado o sistema de Fundo em 1966, segundo Volia Bomfim Cassar (2014, p. 1227 *apud* Sérgio Pinto Martins, 2001, p. 391), o constituinte de 1934 já previa a adoção de um fundo para a garantia de um salário por ano caso a empresa desaparecesse - essa ordem constava no projeto da Constituição enviada pelo Governo Provisório, art. 124 parágrafo 5º da CLT. Assim, foi criado um fundo que obrigava pessoas jurídicas contribuintes do imposto de renda a recolher uma taxa de 3% para integrá-lo, segundo o art. 46 da Lei nº 3.470/58.

A respeito, Volia Bomfim diz: “forte pressão da classe econômica para estender o benefício a todos os trabalhadores e

interesse político na utilização destes recursos.” (2014, p. 1227). Para além da proteção do trabalhador em caso de desaparecimento da empresa, tais interesses políticos, por parte do governo, encontravam-se na possibilidade de utilização dos rendimentos desse fundo para o financiamento de imóveis.

Maurício Godinho (2017) observa que as Cartas Constitucionais do período militarista, apesar de reverenciarem os princípios da continuidade da relação de emprego, marca do antigo sistema celetista, incorporaram o contraponto desses princípios reconhecendo a validade do sistema de Fundo de Garantia.

Após a implantação efetiva do FGTS, em 1967, em poucos anos, quase todo o mercado de trabalho já estava submetido a ele, com exceção dos contratos anteriores ao período, mas, mesmo para tais contratos, a Lei nº 5.107/66 abriu a possibilidade de se integrarem ao sistema de forma retroativa. Segundo a legislação da época, a opção pelo regime do FGTS, para contratos já firmados, deveria ser feita no prazo de um ano a contar da vigência da Lei nº 5.107/66; para os recém contratados, o prazo era de um ano a partir da data de contratação. Caso algum trabalhador perdesse o prazo de um ano, a opção pelo regime do FGTS só poderia ser feita na Justiça do Trabalho.

Posteriormente, a CF/88, no seu art. 7º, universalizou o sistema de FGTS, eliminando a exigência de selecioná-lo por escrito nos contratos de trabalho e tornou-o um direito dos trabalhadores rurais e urbanos.

Além disso, a CF/88 não recepcionou o antigo sistema celetista de indenização por tempo de serviço e de estabilidade decenal, com exceção das relações jurídicas constituídas antes da implantação da nova Carta, extinguindo-se, assim, o antigo sistema para as novas relações trabalhistas.

Apesar da sua exclusão, a CF/88 ainda busca tutelar e proteger a continuidade das relações de emprego, o que fica evidente no seu art. 7º, I, que afirma como direito do trabalhador: “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

Além disso, traz no mesmo artigo, em seu inciso XXI, o direito ao aviso prévio proporcional, com tempo mínimo de trinta dias.

Assim, a CF/88 assegura a proteção do trabalhador e os princípios de continuidade da relação de trabalho, bem como concilia esses valores com a possibilidade da demissão desmotivada, sendo a dispensa um direito potestativo empresarial.

A respeito, Maurício Godinho Delgado (2017. p. 1415) afirma que “independentemente da eficácia que se atribua à Constituição de 1988 neste tema, está claro que a nova Constituição abriu uma fase de transição jurídica no que concerne ao tratamento deferido à ruptura contratual no Direito brasileiro”.

2 ASPECTOS GERAIS DO FGTS

Antes de tudo, é necessário frisar que o FGTS caracteriza-se como um instituto jurídico complexo, de caráter multidimensional. Sendo assim, isso significa que tal sistema, além do enfoque trabalhista - previsto na CF/88, em seu art. 7º, III -, constitui-se como um dos principais fundos sociais de destinação variável no nosso país, com relevante impacto público. Dessa forma, ainda atinente à sua conceituação, dentro do âmbito do Direito do Trabalho, Maurício Godinho Delgado diz:

Consiste em recolhimentos pecuniários mensais, em conta bancária vinculada em nome do trabalhador, conforme parâmetro de cálculo estipulado legalmente, podendo ser sacado pelo obreiro em situações tipificadas pela ordem jurídica, sem prejuízo de acréscimo percentual condicionado ao tipo de rescisão de seu contrato laborativo, formando, porém, o conjunto global e indiferenciado de depósitos um fundo social de destinação legalmente especificada. (DELGADO, 2017, p. 1440).

Tendo isso em vista, verifica-se a essencialidade da discussão acerca de três principais temas que compõem o FGTS e, portanto, merecem destaque. Isso porque é possível depreender a existência de uma relação fundamental deles com os aspectos gerais do Fundo, donde se oriunda a própria estrutura deste; ou seja, eles funcionam como uma base a partir da qual as peculiaridades que caracterizam o mencionado Fundo são criadas. Com efeito, são eles: o recolhimento, a abrangência e o saque do FGTS.

2.1 Recolhimento do FGTS

É preciso colocar, antes de tudo que, para que haja a criação de um fundo monetário, bem como para a garantia da sua manutenção ao longo do tempo, é necessário que se injete nele, periodicamente, uma determinada quantia de dinheiro. A esse procedimento dá-se o nome de recolhimento. Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado prescreve que o FGTS é criado a partir de recolhimentos pecuniários realizados mensalmente pelo empregador em uma conta bancária cujo vínculo pertença ao trabalhador, além de o valor corresponder ao parâmetro determinado pela lei (DELGADO, 2017, p. 1440). Sendo assim, no que se refere ao modo como tal recolhimento é realizado, dispõe a Lei nº 8.036/90, a qual trata do Fundo Garantia, que deverão

ser feitos depósitos mensais corrigidos monetariamente. Ainda cabe salientar que a capitalização de juros se dá com a taxa de 3% ao ano.

Outrossim, é importante ratificar que o pagamento deverá ser feito pelo empregador em conta bancária vinculada ao nome do trabalhador. Nesse sentido, uma comparação interessante a ser feita é a de que, antigamente, a conta poderia ser aberta em qualquer banco do país, desde que autorizado pelo Banco Central do Brasil (Lei nº 5.107/66, art. 3º, parágrafo único). De outro modo, a partir de 1990 até os dias atuais, as contas são abertas na Caixa Econômica Federal (CEF), que se constitui como agente centralizador e operador do FGTS. (Lei nº 8.036/90, arts. 4º, 7º, 11 e 12).

Por fim, a última característica que se extrai do tema de recolhimento do FGTS é a sua conformidade com parâmetro de cálculo previsto em lei (Lei nº 8.036/90, art. 15). A regra geral, mais difundida, é a de incidência de pagamento de 8% do salário mensal. Ademais, em se tratando de empregos nos quais é comum o oferecimento de gorjetas, dever-se-á efetuar o pagamento correspondente a 8% da sua média. Importante colocar, ainda, que, conforme a Súmula nº 305 do TST, o FGTS também incide sobre o período contratual gerado pela projeção do aviso-prévio. Além disso, importante pontuar que também há a incidência da verba sobre o 13º salário.

2.2 Abrangência do FGTS

Como supracitado, o FGTS, hodiernamente, caracteriza-se como um dos mais importantes fundos sociais de destinação variada do país. Ainda assim, quando se menciona tal instituto, é bastante provável que, automaticamente, a primeira ideia que surja relacione-se ao âmbito trabalhista. Isso porque, antes de mais nada, o FGTS é

um direito do trabalhador, protegido constitucionalmente e que deve ser cedido pelo empregador de maneira imperativa a qualquer empregado, seja ele rural, urbano ou doméstico. Tal imperatividade consiste na obrigação geral e indistinta que tem o empregador de garantir ao obreiro o referido direito.

Nesse diapasão, é importante mencionar as diferentes espécies de profissionais, bem como é necessário relacioná-las com o campo de incidência do Fundo, destacando como se deu a sua aquisição. Dessa forma, começando pelo trabalhador urbano, é sabido que, anteriormente à CF/88, o ingresso desta espécie de empregado no sistema do FGTS necessitava de manifestação formal, isto é, por escrito. Caso contrário, ele permaneceria no sistema celetista de indenização por tempo de serviço e estabilidade no emprego. Por outro lado, os trabalhadores rurais só foram, de fato, inseridos no FGTS a partir da promulgação da CF/88, que trouxe o tema em seu art. 7º, *caput* e inciso III. Logo após, em 1989 e em 1990, surgiram duas leis regulando essa matéria: respectivamente, a Lei nº 7.839/89 e a Lei nº 8.036/90.

Ademais, há uma espécie de trabalhadores sobre a qual a incidência do FGTS e a sua história de aquisição apresentam-se um pouco mais distintas: é a classe dos empregados domésticos. Isso porque, para essa categoria, a inserção no sistema do Fundo não foi inicialmente garantida. Não tendo havido a sua inclusão no texto constitucional, tal qual se deu com os trabalhadores urbanos e rurais, durante muito tempo, inexistiu a já citada imperatividade, característica da concessão do Fundo como direito dos trabalhadores. Não obstante, a partir de março de 2000 – quando começou a vigor o Decreto nº 3.361/2000, oriundo da Medida Provisória (MP) nº 1.986/99, e, posteriormente, a Lei 10.208/01, – possibilitou-se a inserção do trabalhador doméstico no FGTS, feita de maneira

voluntária.

Apesar disso, apenas uma parcela desses empregados era contemplada com o Fundo; assim, não estava sendo devidamente cumprido o princípio da imperatividade. Finalmente, em 2015, a Lei Complementar nº 150, arts. 31 a 35 criou o *Simples Doméstico*: sistema oficial de recolhimento das parcelas previdenciárias, fiscais e trabalhistas mensais domésticas, em que ficou prevista a obrigatoriedade dos depósitos fundiários para estes trabalhadores. (DELGADO, 2017, p. 1443).

Ademais, há também os casos das espécies de profissionais que não se configuram como empregados. Nela, encontram-se os diretores de sociedade, sem vínculo empregatício. Para essa espécie de profissional, o FGTS é parcela voluntária, sendo o seu ingresso neste Fundo celebrado mediante ato gracioso do tomador de serviços, autorizado desde a Lei nº 6.919/81, e hoje mantido pelos arts. 15, § 4º e 16, da Lei nº 8.036/90. Por fim, ainda dentro desta categoria, estão os trabalhadores avulsos: profissionais que trabalham para seu tomador de serviços, sem haver, no entanto, vínculo empregatício. Entretanto, a Constituição Federal, em seu art. 7º, XXXIV, dispõe que, para esses trabalhadores, o FGTS é *imperativo*.

2.3 Saque do FGTS

Em se tratando do saque do FGTS, em primeiro plano, é necessário colocar que quem tem a prerrogativa de fazê-lo, como regra, é o titular da conta vinculada. Isso posto, é importante destacar quais as hipóteses que permitem a retirada do valor constante do FGTS. Elas se dividem em trabalhistas, isto é, as que têm vinculação rescisória ou são relacionadas ao término do contrato de trabalho; similares às trabalhistas, que, apesar de parecerem, não se confundem

com as primeiras; e as não trabalhistas, as quais não possuem vinculação rescisória, portanto, podem acontecer durante a vigência do contrato de trabalho.

Desse modo, a primeira hipótese de permissão do saque do FGTS ocorre quando há a dispensa do trabalhador sem justa causa (L. 8.036/90, art. 20, I). Sendo assim, vale ressaltar que, apesar de o empregado, em casos de pedidos demissionais ou dispensa por justa causa, não poder sacar o valor do seu FGTS, ele não perde a titularidade deste, tampouco a correção monetária e juros que sobre ele incidem. Isso se caracteriza como um avanço, visto que a Lei nº 5.107/66 eliminava os referidos juros e correções nas hipóteses de dispensa por justa causa. Ademais, o mesmo dispositivo que dispõe sobre a possibilidade de saque do Fundo na ocorrência de demissão sem justa causa prevê mais dois casos que levam ao mesmo resultado, quais sejam, a rescisão indireta e a ruptura por culpa recíproca (Lei nº 8.036/90, art. 20, I). Há, ainda, a previsão de uma figura que se assemelha às supracitadas: a do fim do contrato por acordo entre empregado e empregador (Lei nº 8.036/90, art. 20, I-A e CLT, art. 484-A).

Ademais, há outras hipóteses de saque vinculadas ao término da relação de emprego. Dessa forma, o valor presente no Fundo de Garantia também poderá ser movimentado quando houver rescisão do contrato de trabalho decorrente de: extinção total da empresa; fechamento de quaisquer de seus estabelecimentos, filiais ou agências, supressão de suas atividades; declaração de nulidade do contrato de trabalho, nos termos do art. 19-A da Lei nº 8.036/90; e falecimento do empregador individual. É importante consignar, todavia, que é necessária a comprovação da ocorrência destas hipóteses como causas para a rescisão contratual, por meio de declaração escrita da empresa, e, se preciso, suprida de decisão judicial

transitada em julgado (Lei nº 8.036/90, art. 20, II). Merece esclarecer, findado o contrato de emprego sem justa causa, ou ocorrendo a extinção da empresa, deverá o empregador pagar ao empregado um acréscimo rescisório no valor de 40 %.

Além desses casos, o saldo do FGTS também poderá ser retirado pelo trabalhador quando ocorrer a sua aposentadoria concedida pela Previdência Social (Lei nº 8.036/90, art. 20, III). Por fim, a última hipótese de vinculação rescisória destacada para a permissão do saque do referido valor é a do fim do contrato por morte do obreiro (Lei nº 8.036/90, art. 20, IV). Nesse caso, observa-se uma exceção à regra de que o saque somente pode ser feito pelo titular, sendo ele pago aos dependentes, assim previstos conforme a Previdência Social, consoante as condições de recebimento de pensão por morte. Na falta destes, poderão receber a quantia os sucessores, conforme a lei civil, indicados em alvará judicial, expedido a requerimento do interessado, sem necessidade de inventário ou arrolamento.

Há, também, a possibilidade de saque do saldo do FGTS em situações similares às de vinculação rescisória, acima citadas. A primeira delas é a extinção normal do contrato de trabalho a termo (Lei nº 8.036/90, art. 20, IX), em que se incluem, do mesmo modo, os trabalhadores temporários regidos pela Lei nº. 6.019/74. O segundo caso é o de suspensão total ou parcial do trabalho avulso por período igual ou superior a noventa dias (Lei nº 8.036/90, art. 20, X), em que, importante ressaltar, a comprovação deverá ser feita mediante declaração do sindicato que representa a categoria profissional. Por fim, a última hipótese realizar-se-á quando houver declaração de nulidade do contrato do servidor admitido de maneira irregular na entidade estatal, conforme a Lei nº 8.036/90, arts. 19-A e 20, II, e a CF, art. 37, II e § 2º.

O último conjunto de situações em que se pode realizar o saque do valor presente no FGTS é o não trabalhista, isto é, que não possui vinculação rescisória. A primeira hipótese é a de aquisição da casa própria (Lei nº 8.036/90, art. 20, V). São três as justificativas principais para o saque do FGTS nessa hipótese: o pagamento de prestações oriundas do financiamento habitacional feito através do Sistema Financeiro de Habitação; a liquidação ou amortização extraordinária do saldo devedor de financiamento imobiliário; e o pagamento total ou parcial do valor da moradia própria.

O saldo do Fundo também poderá ser sacado quando houver problemas graves na saúde do trabalhador ou de um dos membros de sua família. São previstas por lei como tais a neoplasia maligna (Lei nº 8.036/90, XI) e o HIV (Lei nº 8.036/90, XIII – inserto pela MP 2.164-41/01). Todavia, não constituem um rol taxativo, abrangendo, o dispositivo legal, outras doenças que levem o trabalhador ou seus dependentes a estágio terminal (Lei nº 8.036/90, XIV – inserto pela MP 2.164-41/01).

A terceira possibilidade de saque configura-se pelo atingimento de idade igual ou superior a 70 anos (Lei nº 8.036/90, XV – inserido pela MP 2.164-41/2001). Além disso, a permanência do trabalhador durante 03 anos ininterruptos fora do regime do FGTS também permite que ele movimente o valor presente em sua conta. Tal situação ganhou validade partir de junho de 1990 e, nela, o trabalhador, titular da conta, poderá efetuar o saque a partir do mês de seu aniversário (LEITE, 2019, p. 1027). Ademais, o inciso XII, art. 20 da Lei nº 8.036/90 consagra a retirada em razão de aplicação em quotas de Fundos Mútuos de Privatização. A movimentação máxima é de 50 % do valor disponível na conta e a regulamentação é feita pela Lei nº 6.385/76.

Configura-se como sexta hipótese de saque a necessidade

pessoal, cuja urgência e gravidade derive de desastre natural (Lei nº 8.036/90, art. 20, XVI – inserido pela Lei nº 10.878/04). Para tanto, é necessária a observância de três condições: a residência em áreas atingidas de Município ou do Distrito Federal em situação de emergência ou estado de calamidade pública, formalmente reconhecidos pelo Governo Federal; a solicitação de movimentação é possível até 90 dias após a publicação do ato de reconhecimento; e o valor máximo de saque será definido na forma do regulamento (MARTINEZ, 2019, p. 1404). Demais, também se configura como justificativa para a retirada do saldo do Fundo a acessibilidade e inclusão social do trabalhador com deficiência (Lei nº 8.036/90, XVIII – inserido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência {Lei nº 13.146/15}), quando este precisar adquirir órtese ou prótese para a promoção da sua acessibilidade e inclusão (DELGADO, 2017, p. 1447).

A última hipótese convencional de saque do saldo do FGTS sem vinculação rescisória é a de pagamento total ou parcial de imóveis da União inscritos em regimes de ocupação ou aforamento. (Lei nº 8.036/90, art. 20, XIX, *a, b e c*). Nesse sentido, é mister que haja, antes de tudo, um mínimo de 03 anos de trabalho sob o regime do FGTS. Além disso, é preciso que a operação seja financiável nas condições do Sistema Financeiro de Habitação ou por meio do parcelamento feito pela Secretaria do Patrimônio da União, tendo a CEF como agente financeiro do contrato.

3 ADMINISTRAÇÃO DO FGTS

O FGTS é regido por diretrizes estabelecidas por um Conselho Curador, um colegiado tripartite composto por entidades representativas dos trabalhadores, dos empregadores e representantes

do governo federal, conforme determina o art. 3º da Lei 8.036/1990 com redação dada pela Medida Provisória 2.216-37/2001.

A presidência do Conselho Curador era exercida por representante do Ministério do Trabalho (art. 3º § 1º da Lei 8.036/1990), porém, em 2019, a Lei nº 13.932/2019 alterou a redação do artigo, atribuindo que a presidência será exercida pelo Ministro de Estado da Economia ou por representante, por ele indicado, da área fazendária do governo.

Quanto aos representantes dos trabalhadores e dos empregadores, o art. 3º, § 3º da citada Lei de 1990 estabelecia que seriam indicados pelas respectivas centrais sindicais e confederações nacionais, e, posteriormente, seriam nomeados pelo Ministro do Trabalho e da Previdência Social. Contudo, a Lei 13.932/2019 alterou a redação do parágrafo, passando a função de nomeação para o Poder Executivo. O mesmo artigo determina que os mandatos serão de 02 anos, podendo ser reconduzidos apenas uma vez. No entanto a supracitada Lei de 2019 acrescentou, ainda, que será vedada a permanência de uma mesma pessoa como membro titular, como suplente ou, de forma alternada, como titular e suplente, por período consecutivo superior a 04 anos no Conselho. Foi acrescentada pela mesma Lei, no art. 3º, o § 10, que determina que os membros do Conselho Curador do FGTS serão escolhidos dentre cidadãos de reputação ilibada e de notório conhecimento, e deverão ser atendidos os requisitos de terem ensino superior completo e não se enquadrarem nas hipóteses de inelegibilidade trazidas nas alíneas *a* a *q* do inciso I do *caput* do art. 1º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.

O Conselho Curador é reunido ordinariamente a cada bimestre por convocação de seu presidente. Caso se esgote esse período sem que tenha ocorrido a convocação, pode qualquer de seus membros

fazê-la no prazo de 15 dias. Pode também qualquer membro convocar reunião extraordinária. Quanto às despesas exigidas para o comparecimento dos membros às reuniões, elas serão pagas pelas respectivas entidades representadas, e as faltas ao trabalho dos representantes dos trabalhadores em decorrência de comparecimento a tais reuniões serão abonadas.

O art. 5º da Lei 8.036/1990 traz um extenso rol de atribuições e funções do conselho gestor, dentre as quais vale citar, para exemplificar: praticar todos os atos necessários à gestão da aplicação do Fundo; elaborar orçamentos anuais e planos plurianuais de aplicação dos recursos; acompanhar a execução dos programas de habitação popular, saneamento básico e infraestrutura urbana, decorrentes de aplicação de recursos do FGTS, implementados pela CEF; definir as metas a serem alcançadas nos programas de habitação popular, saneamento básico e infraestrutura urbana. A soma de todas as funções e atribuições totaliza um conjunto de XVI incisos, vários deles acrescentados pela Lei 13.932/2019.

Quanto à gestão de aplicações e ao papel de agente operador, assim determina o art. 4º da Lei 8.036/1990, redação já modificada pela Lei 13.932/2019: *“gestor da aplicação dos recursos do FGTS será o órgão do Poder Executivo responsável pela política de habitação, e caberá à Caixa Econômica Federal (CEF) o papel de agente operador”*.

A partir de 11 de maio de 1991, a CEF, empresa pública federal vinculada ao Ministério da Fazenda, assumiu o controle de todas as contas vinculadas. Suas atribuições de função estão elencadas no art. 7º da Lei 8.036/1990. Dentre essas funções, temos a centralização das contas vinculadas, o controle da rede arrecadadora, a avaliação da capacidade econômica e financeira dos tomadores de recursos do FGTS, a implementação de atos de alocação de recursos

e concessão de créditos, o risco de crédito das operações com recursos do FGTS, dentre outras acrescidas também pela lei de 2019. Após a centralização das contas vinculadas na CEF, a atualização monetária e a capitalização de juros passaram a correr à conta do Fundo e o respectivo crédito será efetuado na conta vinculada, no dia 10 de cada mês, com base no saldo existente no dia 10 do mês anterior ou no primeiro dia útil subsequente, caso o dia 10 seja feriado bancário, deduzidos os saques ocorridos no período (§ 2.º do art. 13). Os depósitos efetuados nas contas vinculadas serão corrigidos monetariamente com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança e capitalização de juros de 3% ao ano, conforme art. 13. O saldo das contas vinculadas é garantido pelo Governo Federal, podendo ser instituído seguro especial para esse fim (§ 4.º do art. 13).

CONCLUSÃO

O FGTS surge para tornar o mercado de trabalho brasileiro mais liberal, substituindo os antigos e rígidos sistemas de Estabilidade Decenal e de Indenização por Tempo de Serviço, previstos na CLT. Apesar desta característica, o instituto se configura como um direito hoje visto como essencial a todo trabalhador, o qual contribui para a garantia de uma maior justiça social presente na relação de emprego. A prova disso é que, mesmo o FGTS surgindo como um mecanismo alternativo, mais liberal, pouco tempo após sua implementação efetiva, os trabalhadores, em suma maioria, já escolhiam por esse regime de Fundo, que não só se mostrou benéfico aos empregados, mas também às empresas e aos empregadores. A consagração efetiva desse sistema veio com a CF/88, que o elevou a direito fundamental, acabando com o antigo sistema celetista. Importante ratificar que o

acolhimento do sistema de FGTS não desamparou o princípio da continuidade das relações de emprego, pois a CF/88 buscou conciliar a possibilidade de resolução arbitrária do contrato de trabalho com a defesa do trabalhador, equilibrando de maneira bastante razoável a relação entre empregado e empregador.

Contudo, o sistema de fundo, desde sua implementação efetiva em 1967, vem sofrendo alterações e adequações, sempre acompanhando o momento histórico e social do país. Em um primeiro momento, serviu de resguardo contra demissões arbitrárias dos trabalhadores e contra demissões por falência ou desaparecimento de empresas. Regulações posteriores, no entanto, ampliaram as possibilidades de utilização desse recurso, em ordem de melhorar a vida dos trabalhadores e lhes apresentar garantias não só trabalhistas, mas também sociais. Claro exemplo disso, como foi acima mencionada, é a possibilidade de utilização do Fundo para o financiamento de imóveis, permitindo aos trabalhadores a possibilidade de adquirir a casa própria, podendo ser utilizado tanto para pagamento do montante total quanto para quitar financiamentos de imóveis. Há também outros fatores que permitem o resgate dessa quantia, como foi acima explicitado e cabe ressaltar, tais quais os casos de doenças graves tanto do trabalhador quanto da família e a hipótese de saque a necessidade pessoal, cuja urgência e gravidade derive de desastre natural, além das outras hipóteses já elencadas.

Portanto, o instituto do FGTS transcende a simples necessidade relacionada ao trabalho, podendo ser utilizado em outras situações diversas, como em emergências pessoais e familiares, protegendo e auxiliando o trabalhador em esferas para além da trabalhista. Tamanha importância e utilidade aos trabalhadores eleva tal instituto a direito e garantia fundamental destes, positivado no art 7º da CF/88. A doutrina, jurisprudência e o legislador brasileiro estão

constantemente debatendo e repensando a questão do FGTS, principalmente no que se refere às possibilidades de saque e ampliação desse direito.

Inegável, no entanto, que seria impossível tratar de um instituto tão amplo sem, no mínimo, mencionar as suas ingerências sobre os outros setores da sociedade. Exemplo disso, e que mostra a atualidade do debate acerca do Fundo, foram os saques ao Fundo de Garantia, autorizados pela MP 889/2019, onde o governo objetivou, além de auxiliar o trabalhador com uma certa renda extra, injetar na economia bilhões de reais com o consumo de bens e serviços que eventualmente essa renda extra acarretaria. Além disso, o governo anunciou, por meio de uma medida provisória (MP 946/2020), a liberação de R\$ 1.045 para saques nas contas do FGTS a partir de junho de 2020. Ademais, a MP 946 extingue o Fundo PIS-Pasep, instituído por lei complementar em 1975, e transfere o seu patrimônio para o FGTS. Essa liberação de saque, segundo o próprio dispositivo, objetiva o enfrentamento do estado de calamidade pública provocado pela pandemia de COVID-19 que assola o Brasil, conforme art. 6º do dispositivo.

Tal MP ressalta a importância do FGTS para além de seu aspecto trabalhista, incidindo, também, no campo social; destaca, também, a contemporaneidade da discussão sobre o FGTS e as possibilidades de ampliação e saque, bem como sua relevância no que concerne à sua utilização como um recurso governamental para combater sérios problemas que se apresentam no país e acometem a população. É o que se verifica, por exemplo, na atual situação em que estamos – em meio a uma emergência de saúde pública –, sendo extremamente necessário o acesso aos benefícios que este Fundo oferece, visando à diminuição dos danos e resguardando o trabalhador em um momento de crise global. Sendo assim, fica clara a natureza que

possui o FGTS de um instituto multidimensional, o qual pode e deve ser utilizado para garantir os direitos dos trabalhadores, salvaguardar a inclusão social, bem como para proteger a nossa sociedade nos seus mais diversos setores.

REFERÊNCIAS

BOMFIM, Vólia. **Direito do trabalho**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ANÁLISE DA COVID-19 COMO DOENÇA OCUPACIONAL: MP 927/2020 E A DECISÃO DO STF

ANALYSIS OF COVID-19 AS AN OCCUPATIONAL DISEASE: PM 927/2020 AND THE STF DECISION

Giovanna Assis Georgini ³⁵¹

Karyn Adame Rinaldi ³⁵²

Rodrigo Borges Nicolau ³⁵³

RESUMO

Com a pandemia do coronavírus, diversas discussões surgiram a respeito da aceitação ou não da COVID-19 como doença de trabalho. Para regular tal matéria, o art. 29 da MP 927/2020 colocou para o empregado o ônus de provar o contágio no trabalho. O STF, então, suspendeu a eficácia do artigo, por tê-lo considerado inconstitucional. A partir disso, esse estudo analisou os aspectos relevantes dessa decisão e suas implicações gerais no campo de trabalho. Desse modo, oferece-se um panorama geral abordando a pandemia do coronavírus, sua relevância na área trabalhista, a consideração da COVID-19 como doença ocupacional e o ônus da prova nesse caso específico.

Palavras-chave: Coronavírus. Doença ocupacional. MP 927/2020. Ônus da prova.

³⁵¹ Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo. E-mail: giccageorgini@terra.com.br

³⁵² Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo. E-mail: karyn@usp.br

³⁵³ Mestre em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco-USP. E-mail: rodrigonicolau13@yahoo.com.br

ABSTRACT

In the scenario of COVID-19 pandemic, a lot of discussion emerged about either accepting or not the coronavirus as an occupational disease. In order to solve this dilemma, the article 29 of the Provisional Measure (PM) 927/2020 assignees the burden of proof to the employees, being their responsibility to prove that the contagion occurred in the workplace. The Brazilian Federal Supreme Court (STF) suspended the referred article because it was considered against the constitution. Based on that, this paper analyses the most relevant aspects of this decision and its results on the employment law. Therefore, this paper presents a general outlook that approaches the coronavirus pandemic, its relevance for the employment law, the admission of COVID-19 as an occupational disease and the burden of proof in this particular case.

Keywords: COVID-19. Coronavirus. Occupational disease. Provisional Measure 927/2020 (Brazil). Burden of proof.

INTRODUÇÃO

O direito do trabalho é o ramo jurídico que visa regular as relações empregatícias e apresenta função tutelar, com o objetivo de proteger a parte fraca na relação jurídica (LEITE, 2019). Assim, ele visa corrigir a desigualdade entre o capital e o trabalho, oferecendo proteção jurídica ao empregado com o objetivo de equilibrar a relação empregatícia. No Brasil, a Constituição Federal (1988) reconhece o trabalho como um valor base do Estado Democrático de Direito (art. 1º, IV) e um direito fundamental (art. 6º).

Ademais, a partir da luta dos trabalhadores, foi instituída a Consolidação das Leis do Trabalho ([CLT], 1943), responsável por sistematizar as leis trabalhistas existentes e incluir novos institutos

(LEITE, 2019) e, junto ao art. 7º da CF/88 e às legislações específicas, compõe a base da proteção trabalhista no Brasil.

Com a pandemia do coronavírus, houve mudanças temporárias nas relações trabalhistas, fundadas na necessidade de evitar a demissão em massa. Uma delas foi instaurada pela Medida Provisória 927/2020, cujo artigo 29 praticamente excluía a contaminação pelo coronavírus da hipótese de doença ocupacional. O acidente de trabalho, que engloba a doença ocupacional, diz respeito à lesão corporal, perturbação funcional ou morte sofrida pelo empregado em razão das atividades empregatícias que exerce e que o impeça de continuar o trabalho temporária ou permanentemente.

Esse artigo, então, começará abordando o tema do “acidente de trabalho”, apresentando a doença ocupacional, seus efeitos e peculiaridades. Em seguida, será discutido o contexto do “coronavírus e a doença ocupacional”, seguindo para a discussão do artigo 29 da Medida Provisória nº 927/2020 e da decisão do STF em suspendê-lo.

1 ACIDENTE DE TRABALHO

O art. 19 da Lei 8.213/91 conceitua acidente do trabalho como o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço do empregador, “provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho”. De modo que “a empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador” (Lei 8.213/91, art. 19, §1º). No artigo subsequente dispõe-se que é considerado acidente de trabalho a doença adquirida ou desencadeada em função da situação de trabalho

e diretamente relacionada a ele (Inciso I³⁵⁴). Em termos conceituais, o acidente de trabalho é uma cessação temporária do contrato de trabalho e, dentro desse gênero, existem duas espécies: a suspensão e a interrupção.

A suspensão é a cessação temporária e total da execução e dos efeitos do contrato, sem que haja suspensão do contrato de trabalho em si (MARTINS, 2008), o que desobriga as partes do cumprimento de quase todas as obrigações contratuais, mantendo-se apenas as acessórias (CASSAR, 2018). Já a interrupção se trata de uma cessação parcial, sendo necessária a continuação do pagamento de salários e da contagem de tempo de serviço³⁵⁵ (CASSAR, 2018).

Quando se trata do acidente de trabalho, a doutrina é controversa em relação a sua classificação. Nesse estudo, será adotada a visão de Carlos Bezerra Leite (2019), que entende que nos primeiros 15 dias do acidente de trabalho o contrato está interrompido e, após esse prazo, estará suspenso. Esse entendimento se embasa na Súmula 440³⁵⁶ do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

Os quinze dias a partir do acidente de trabalho são de encargo do empregador, devendo remunerá-los. A partir do décimo sexto dia, o auxílio-doença acidentário³⁵⁷ é devido pela Previdência Social e a empresa não paga mais salários, mas há contagem do tempo de serviço

³⁵⁴ Vale uma ressalva acerca do parágrafo 1º, alínea “d”, que exclui as doenças endêmicas, a menos que haja comprovação de que ela foi contraída devido a realização do trabalho.

³⁵⁵ Independentemente de haver contraprestação em serviço ou não.

³⁵⁶ Assegura o direito à manutenção de plano de saúde ou de assistência médica oferecido pela empresa ao empregado, mesmo que suspenso o contrato de trabalho em virtude de auxílio-doença acidentário.

³⁵⁷ Previsto entre o Art. 59 e 63 da Lei de Previdência (8.213/91) e no artigo 476 da CLT.

para efeito de indenização, estabilidade e incidência do FGTS (MARTINS, 2008).

Além disso, por muito tempo foi pacífico na doutrina e nos tribunais que o acidente ocorrido no deslocamento entre a moradia e o local de trabalho (ou em sentido contrário) era acidente de trabalho. Porém, a MP 905/19 havia extinguido o acidente de percurso (Art. 51), com sua revogação as discussões foram reabertas.

A alteração do 2º parágrafo do Art. 58 da CLT excluiu o tempo gasto no percurso do tempo à disposição do empregador. Isso pode levar ao entendimento de que o Art. 21, IV, “d” da Lei de Previdência teria sido tacitamente revogado, trazendo um debate acerca da hierarquia entre as normas.

Em suma, ainda há discussão sobre o tema, mas, com a revogação da MP 905/19, o acidente em percurso ainda pode ser alegado pelo trabalhador que se contaminar com o coronavírus no trajeto do trabalho ou no período intrajornada, podendo caracterizar doença ocupacional.

1.1 Estabilidade

A estabilidade é o direito do empregado de não ser demitido por ato unilateral - durante sua vigência - exceto pelas hipóteses autorizadas pela lei (CASSAR, 2018). O acidente de trabalho gera estabilidade absoluta (só pode haver dispensa mediante falta grave ou extinção da empresa), provisória (com duração determinada) e personalíssima (relacionada com a pessoa) (CASSAR, 2018).

Para adquirir a estabilidade decorrente do acidente de trabalho é necessário: (1) ter ocorrido um acidente de trabalho ou doença a ele equiparado, (2) ter o empregado recebido auxílio-doença acidentário e (3) ter obtido alta médica (Art. 118 da Lei 8.213/91) (CASSAR,

2018). Segundo a Lei da Previdência (8.213/91), a doença ocupacional ou do trabalho se equiparam a acidente (Art. 19).

2 CORONAVÍRUS E A DOENÇA OCUPACIONAL

Em Março de 2020, o surto de coronavírus foi considerado uma pandemia. Com isso, a MP nº 927/2020 foi editada visando regular medidas trabalhistas para o enfrentamento da pandemia e proteger os empregos. Vale lembrar, porém, que o foco do direito trabalhista é proteger o empregado.

A referida MP flexibilizou diversas regras trabalhistas, permitindo, por exemplo, a aplicação do teletrabalho. A medida visou ajudar os empregadores no contexto da crise instaurada pelo coronavírus, de forma a evitar o desemprego em massa por meio de uma limitação dos direitos dos trabalhadores. Contudo, isso é uma transferência de prejuízos aos empregados em uma situação de vulnerabilidade agravada.

É de extrema importância que os ambientes de trabalho adotem as medidas de higiene necessárias à manutenção da saúde do trabalhador, bem essencial tutelado pelo inciso XXII do Art. 7º da CF, com importância potencializada no contexto da pandemia. Ademais, o inciso XXVIII do referido artigo também garante o “seguro de acidente do trabalho a cargo do empregador, sem excluir a indenização no caso de dolo ou culpa.”, incluídas eventuais doenças adquiridas no ambiente de trabalho, como poderia ser a Covid-19.

Entretanto, o art. 29 da MP 927/2020 dispôs que “os casos de contaminação pelo coronavírus (covid-19) não serão considerados ocupacionais, exceto mediante comprovação do nexo causal.”, sendo

alvo de 6 Ações Diretas de Inconstitucionalidade³⁵⁸. Isso porque há extrema dificuldade de comprovação do nexo causal da covid-19, devido a sua transmissão exponencial.

2.1 Decisão do Supremo Tribunal Federal (STF)

Por conta das ADI's, o STF decidiu suspender a eficácia do art. 29 da MP 927/2020, inflamando discussões no direito trabalhista. A princípio, o referido artigo coloca para o trabalhador o ônus de provar que contraiu a doença causada pelo coronavírus no ambiente de trabalho, o que significa que, se não o fizer, a doença não será considerada ocupacional.

Em relação ao ônus da prova, o art. 818 da CLT determina como regra geral que cabe ao reclamante provar os fatos constitutivos de seu direito e ao reclamado, os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do reclamante. O §1º do referido artigo admite a inversão quando for impossível a produção da prova, se estabelecendo uma presunção legal relativa de que o fato alegado pela parte ocorreu e cabe a outra parte provar a sua não ocorrência.

Como o coronavírus é uma doença de alta infecciosidade, é extremamente difícil determinar em qual ambiente houve a contaminação. Dessa forma, distribuir o ônus da prova para o trabalhador é exigir a produção de uma prova impossível³⁵⁹.

Ademais, a prova aqui discutida é unilateralmente diabólica³⁶⁰. Nessa hipótese, o magistrado deve distribuir o ônus probatório para a parte que pode produzir a prova. No caso concreto,

³⁵⁸ ADI nº 6342; ADI nº 6344; ADI nº 6346; ADI nº 6352; ADI nº 6354; ADI nº 6375

³⁵⁹ Cujas produção é extremamente difícil/exaustiva.

³⁶⁰ Prova cuja produção é de extrema dificuldade apenas para uma das partes

o empregador pode provar que adotou as medidas de higiene, saúde e segurança necessárias para evitar a contaminação de seus empregados, devendo recair sobre ele o ônus da prova.

Por mais que, a princípio, caiba ao magistrado inverter o ônus da prova no caso concreto, não se justifica que a legislação o distribua de forma a solicitar ao trabalhador a produção de uma prova diabólica, uma vez que ambas maneiras são admitidas na distribuição dinâmica do ônus da prova. Ainda, o próprio direito do trabalho, no geral, tende a distribuir o ônus probatório para o empregador (POMPEU, 2020).

Ante o exposto, na decisão do STF a eficácia do art. 29 da MP 927/2020 foi suspensa, por conta de sua inconstitucionalidade, posição adotada pela maioria³⁶¹. O ônus de comprovar que a doença não foi contraída no trabalho deve, portanto, ser do empregador.

3 DISCUSSÃO

A decisão do STF em suspender a eficácia do art. 29 da MP nº 927/2020 visou proteger o empregado. Como ficou exhaustivamente exposto, a manutenção do artigo seria prejudicial para o trabalhador e, apesar da necessidade de preservação das relações empregatícias, isso não pode prevalecer sobre os valores sociais do trabalho (STF, 2020). Especialmente, há a necessidade de proteção aos “trabalhadores de atividades essenciais que continuam expostos ao risco (de contraírem a COVID-19)” (STF, 2020) e a manutenção do artigo desampararia, dos pontos de vista previdenciário e trabalhista, os trabalhadores que contraíssem a doença (AGÊNCIA SENADO, 2020).

³⁶¹ Votaram nesse sentido os ministros Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Luiz Fux.

É incontroverso que a pandemia do coronavírus consiste em força maior, nos termos do art. 501 da CLT, por ser alheia à vontade do empregador, entretanto, a imprevidência exclui a razão de força maior (§1º do art. 501 da CLT). Desse modo, há possibilidade de responsabilidade objetiva do empregador que não atender às medidas de saúde e higiene adequadas. Com a decisão do STF, ainda, o descumprimento das medidas recomendadas pode se tornar extremamente oneroso para o empregador, podendo gerar indenizações materiais e morais (POMPEU, 2020).

Ademais, a população em geral está sujeita a diversos efeitos psicológicos negativos decorrentes da pandemia e das medidas de isolamento aplicadas para contê-la, podendo apresentar sintomas de estresse pós-traumático, raiva, medo e frustração (BROOKS, et al., 2020). O contexto de pandemia, por si só, apresenta diversos impactos negativos na saúde mental da população, sendo o estresse causado pela incerteza em relação ao emprego um deles (BROOKS, et al., 2020).

Além do mais, até o início de maio, houve um significativo crescimento de denúncias e inquéritos sobre violências trabalhistas relacionadas ao COVID-19 (POMPEU, 2020). Com o estresse psicológico e empregatício aumentado pela pandemia, cabe ao governo adotar medidas para reduzir o estresse gerado e garantir segurança para os trabalhadores, como forma de controlar os impactos da pandemia na população (BROOKS, et al., 2020). A suspensão do artigo aqui discutido aumenta a segurança jurídica do trabalhador e reforça a obrigatoriedade do empregador de tomar as devidas precauções no ambiente de trabalho, com benefícios para os empregados e para a coletividade.

3.1 Implicações

A primeira consequência da decisão do STF em suspender o art. 29 da MP nº 927/2020 é que, se contaminado pelo coronavírus, o trabalhador pode ter os direitos aos benefícios decorrentes do acidente de trabalho e isso também dá ensejo a eventual indenização (moral e material) em caso de morte ou dano permanente. Ainda, com a decisão do STF, a não prevenção contra o coronavírus pode significar aos empregadores a recepção de reclamações trabalhistas e consequências tributárias e previdenciárias e é possível também a recepção de ações judiciais regressivas, por parte do INSS. Tudo isso decorre da principal consequência da decisão, já citada, que foi a inversão do ônus probatório (recaindo sobre o empregador).

3.2 A consequência para as empresas

Uma das controvérsias à decisão do STF foi sobre como a suspensão do artigo repercutirá para as empresas. Apesar de ser apresentada como uma “insegurança jurídica” para a empresa, caberá ao juiz, no caso concreto, apreciar a matéria (POMPEU, 2020). Não se sabe, de fato, como o judiciário irá reagir nas ações que forem propostas, mas pode-se indicar que o problema será tratado de maneira adequada (POMPEU, 2020).

As várias leis que regulam o assunto, já mencionadas, permanecem vigentes e determinam os requisitos aplicáveis casuisticamente baseado na razoabilidade (GOMES e LESSA, 2020).

Assim, a correta interpretação dessa decisão vai no sentido de caber ao empregador demonstrar os cuidados e medidas adotadas³⁶².

Essa interpretação tem base no Art. 21, inciso III, da Lei 8.213/91. Não se fala, desse modo, em prescindibilidade das provas de nexos causal, em consonância à jurisprudência do TST. Essa relação de causalidade, ainda, deverá ser constatada por perícia do INSS (Art. 21-A), o que é um ponto problemático pois a comprovação de culpa e nexos causal nessa perícia é difícil. Ademais, o Decreto 3.048/99³⁶³ exige prova de exposição ocupacional relacionada ao acometimento da doença.

Sobre a questão da contaminação durante o teletrabalho, pode-se entender que o *home office* é uma medida preventiva à contaminação e, por esse motivo, não cabe falar em acidente de trabalho. Uma vez que o empregado não teve de deslocar à empresa ou se expor à contaminação em razão do trabalho, ficaria afastada a hipótese da doença ocupacional.

Dependerá do judiciário tomar a posição mais lógica nesses casos. Por esse motivo, entende-se que pode haver problemas decorrentes da decisão do STF, uma vez que a decisão não define como será a apuração no caso concreto. Entretanto, a apuração seguirá as mesmas recomendações de uma doença ocupacional normal, porque, mesmo antes da pandemia, os empregadores já tinham o dever de propiciar um ambiente de trabalho seguro (Art. 57 da CLT e Art. 19 da Lei de Previdência).

³⁶² Medidas como *home office*, rodízio de trabalhadores, entrega de equipamentos de proteção individual (EPI's), máscaras e distanciamento devem ser considerados meios de proteção ao empregado (GOMES e LESSA, 2020).

³⁶³ Regula Previdência Social.

3.3 Teoria do risco criado

A princípio, no direito civil brasileiro o direito à indenização decorria apenas da responsabilidade subjetiva do sujeito, que pressupõe culpa (SALIM, 2005). Entretanto, apenas a responsabilidade subjetiva não é suficiente para abarcar todos os casos de indenização, uma vez que muitas vezes é difícil aferir a culpa (SALIM, 2005). A teoria do risco criado, então, foi desenvolvida para permitir que a responsabilidade objetiva gere indenização (SALIM, 2005).

O art. 2º da CLT dispõe que o risco decorrente da atividade empresarial é do empregador. Portanto, quando se cria um risco para seus trabalhadores na atividade laboral, haverá responsabilidade objetiva do empregador, a menos que ele adote todas as medidas para evitar que o perigo acontecesse. (SALIM, 2005).

No contexto de uma pandemia, o risco de contaminação pode ser considerado inerente a qualquer trabalho presencial. De tal modo, pode-se aplicar a teoria do risco criado para efetivar a responsabilidade objetiva do empregador em caso de contaminação do trabalhador presencial, independentemente da existência de culpa. Cabe breve destaque que, ao atender a todas as medidas sanitárias e da saúde, o empregador pode afastar essa responsabilidade. O que se discute aqui é que é a existência de risco inerente ao trabalho presencial nos tempos do coronavírus não pode ser suficiente para isentar o empregador de responsabilidade.

Ao discutir-se atividade de risco, vale ressaltar que se refere a atividades que possam comprometer a saúde e integridade física do empregado e o critério geral posto pela CLT compreende aquelas que, naturalmente ou por métodos de trabalho, coloquem o empregado em constante contato com condições de risco acentuadas (Art. 193). O

TST entende que atividades que possuam repetição de acidentes e alto potencial ofensivo são, por si só, de risco. Em mesmo sentido, outras decisões do STF já previam a responsabilidade objetiva do empregador nos casos que o trabalho normalmente apresenta riscos especiais aos trabalhadores (POMPEU, 2020).

De tal modo, seria inconsistente tratar a contaminação pelo coronavírus de maneira diversa. Assim, a teoria do risco criado pode ser aplicada à pandemia para garantir a responsabilidade objetiva do empregador na contaminação dos empregados pelo coronavírus. Conclui-se, portanto, que a decisão do STF em suspender o art. 29 da MP 927/2020 está em consonância com a teoria do risco criado.

3.4 Dano moral por reflexo

O Dano Moral por Reflexo (ou em ricochete) é positivado no Art. 948 do CC e pode se aplicar às relações trabalhistas. Ele se configura quando a morte da vítima direta repercute na esfera jurídica de seus familiares, formando uma “arquitetura triangular”³⁶⁴ (PETEFFI, 2020) e também engloba casos não fatais, mas com graves prejuízos físicos e/ou mentais.

Assim, o familiar que sofre com uma lesão gravíssima de uma vítima pode demandar indenização mesmo que a vítima em si não o faça (PETEFFI, 2020). No caso da doença causada pelo coronavírus, extrai-se que há possibilidade de existência de dano reflexo, principalmente se gerar morte do trabalhador, de forma que a família poderá pleitear indenização.

³⁶⁴ O dano sai do causador, atinge a vítima e reflete em terceiros.

CONCLUSÃO

Da discussão aqui apresentada, extrai-se que a decisão do STF de suspender o art. 29 da Medida Provisória nº 927, de 2020, garantiu ao empregado maior segurança jurídica quanto à possível contração do coronavírus no ambiente de trabalho, visto que não foi excluída a possibilidade de reconhecimento de doença ocupacional. Com isso, permite-se ao empregado o recebimento dos benefícios decorrentes da doença ocupacional. Ainda, fica reforçada a necessidade do respeito às medidas preventivas à contaminação pelo coronavírus pelos empregadores. De forma alguma a decisão do STF revogou outros dispositivos legais que incidem sobre a doença ocupacional, permanecendo a demonstração de nexo de causalidade e a observância de outras previsões legais no caso concreto, cabendo ao juiz ponderar o reconhecimento ou não da doença ocupacional.

Destaca-se que não houve análise jurisprudencial, em virtude do pequeno tempo decorrido entre a decisão do STF e a estruturação deste estudo. Sugere-se, com isso, pesquisas futuras se proponham a analisar a aplicação das normas e teorias aqui citadas nos casos práticos. Por fim, conclui-se que o estudo atingiu seu objetivo de discutir o art. 29 da MP 927/2020, assim como a decisão do STF em suspendê-lo.

REFERÊNCIAS

Agência Senado. Para STF, covid-19 é doença ocupacional e auditores poderão autuar empresas. Senado notícias, 2020.

Disponível em:

<<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/04/30/para-stf-covid-19-e-doenca-ocupacional-e-auditores-poderao-autuar-empresas>>. Acesso em 03 jun. 2020

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho, Brasília, 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 21 maio 2020

BRASIL. Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. Brasília, 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm>. Acesso em 26 maio 2020

BROOKS, Samantha. et al. The psychological impact of quarantine and how to reduce it: Rapid review of the evidence. *The Lancet*. v. 395, n. 10227, p. 912-20, 2020. Disponível em: <[https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(20\)30460-8/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)30460-8/fulltext)>. Acesso em 04 maio 2020

CASSAR, Vólia Bomfim. *Resumo de direito do trabalho*. 6. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

GOMES, Antônio Cleto; LESSA, Nicya Pita. O STF estabeleceu que a covid-19 é acidente de trabalho?. *Migalhas: Migalhas de peso*, 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/327024/o-stf-estabeleceu-que-a-covid-19-e-acidente-de-trabalho>>. Acesso em 05 jun. 2020

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho*. 11. Ed, São Paulo, Saraiva Educação, 2019

Organização das Nações Unidas [ONU]: Assembleia Geral das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos [DUDH], 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em 26 maio 2020

PETEFFI, Rafael. STJ reforça caráter autônomo do dano reflexo ou por ricochete. Consultor Jurídico, 2020. Direito Civil Atual. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-17/direito-civil-atual-stj-reforca-carater-autonomo-dano-reflexo-ou-ricochete>>. Acesso em 05 jun. 2020

POMPEU, Ana. Possibilidade de classificar Covid-19 como doença ocupacional preocupa empresas: Decisão do STF afastou trecho de MP 927 que definia que casos da infecção não seriam considerados ocupacionais. JOTA, 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/possibilidade-de-classificar-covid-19-como-doenca-ocupacional-preocupa-empresas-08052020>>. Acesso em 03 jun. 2020

SALIM, Adib Pereira Netto. A teoria do risco criado e a responsabilidade objetiva do empregador em acidentes de trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho: 3ª. Região, n. 71, jan./jun, 2005 Disponível em: <https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_71/Adib_Salim.pdf>. Acesso em 03 jun. 2020

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL [STF]. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6342/DF – Distrito Federal. Relator Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880968>>. Acesso em 26 maio 2020

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL [STF]. STF afasta trechos da MP que flexibiliza regras trabalhistas durante pandemia da Covid-19. Notícias STF, 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442355>>. Acesso em 26 maio 2020

O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E A DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR

THE RIGHT TO FAMILY INTERACTION AND THE TERMINATION OF PARENTAL RIGHTS

*Beatriz Costa Felippini*³⁶⁵
*Caroline Fornarolli da Cruz*³⁶⁶
*Sandra Helena Favaretto*³⁶⁷

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma nova concepção de família, assegurando o direito de convivência familiar às crianças e adolescentes. Propõe-se observar o direito à convivência familiar frente ao instituto da destituição do poder familiar, que pode acarretar a mitigação de tal direito. A pesquisa foi feita por meio de uma revisão bibliográfica sobre o tema e a exploração das previsões legislativas, quais sejam, a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.096/90) e o Código Civil de 2002. Como resultado, constatou-se que há compatibilização entre o direito à convivência familiar e a destituição do poder familiar, embasada no

³⁶⁵ Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, da Universidade de São Paulo. E-mail: beatriz.felippini@usp.br

³⁶⁶ Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, da Universidade de São Paulo. E-mail: caroline.fornarolli.cruz@usp.br

³⁶⁷ Doutoranda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - FDUSP; Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo - FDRP; Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade de Ribeirão Preto - Unaerp; MBA em Direito Empresarial pela FUNDACE - USP; Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas - PUCCAMP; Membro do grupo de estudos GEDTRAB - USP. sandra.favaretto@usp..

princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, utilizando-se de meios alternativos à convivência familiar.

Palavras-chave: Convivência familiar. Destituição do poder familiar. Poder familiar.

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 brought a new concept of family, ensuring children and adolescents the right of family interaction. It's proposed the analysis of the right of family interaction and the termination of the parental rights, which mitigates those rights. The research was made by literature review and legislatives material such as the Federal Constitution of 1988, the Statute of the Child and Adolescent (Law 8.096/90) and the Civil Code of 2002. As a result, it was verified that there is compatibility between the right of family interaction and the termination of the parental rights, based in the principle of the best interest of the child and the adolescent.

Keywords: Family interaction. Termination of parental rights. Parental Rights.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe a família como base da sociedade, digna de proteção estatal, estipulando-lhe o dever de assegurar às crianças e adolescentes diversos direitos. Dentre esses direitos, há o de convivência familiar, direcionado à manutenção do relacionamento saudável entre pais e filhos, elemento fundamental para o bom desenvolvimento psicossocial da criança e do adolescente.

Nesse cenário, contudo, não raros são os casos de genitores que faltam com os deveres estipulados, submetendo as crianças e os adolescentes a situações de negligência, vulnerabilidade e violência, o que fez necessária a existência da destituição do poder familiar, cuja

aplicação retira o poder dos pais sobre a criança, a fim de protegê-la.

A importância jurídica do estudo se mostra no aparente conflito entre o direito à convivência familiar e a destituição do poder familiar, pois ao mesmo tempo em que a destituição protege a criança ou adolescente, também lhe retira o direito constitucional à convivência em família.

1 DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Além da Constituição Federal, o direito à convivência familiar também é previsto na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, assinada em 1989 e incorporada ao direito pátrio por meio do Decreto nº 99.710, de 1990. Tal norma internacional, em seu artigo 9, 1, prevê que os Estados devem garantir a manutenção das crianças com seus pais, salvo em situações em que o afastamento tenha por objetivo o melhor interesse da criança, como se vê:

Artigo 9: 1. Os Estados Partes devem garantir que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, salvo quando tal separação seja necessária tendo em vista o melhor interesse da criança, e mediante determinação das autoridades competentes, sujeita a revisão judicial, e em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos – por exemplo, quando a criança sofre maus-tratos ou negligência por parte dos pais, ou, no caso de separação dos pais, quando uma decisão deve ser tomada com relação ao local de residência da criança.

É possível verificar que o direito à convivência familiar busca conferir às crianças e aos adolescentes proteção e amparo durante suas formações, para que cresçam de maneira saudável e estruturada. Assim, o direito deve ser assegurado até mesmo nas situações de

separação ou divórcio dos pais, a fim de que os filhos não deixem de ter contato com um dos genitores, após a ruptura conjugal. Uma das manifestações desse direito, no âmbito do divórcio, é a regulamentação de visitas, que garante o direito-dever de ambos os genitores participarem ativamente da vida do filho.

Contudo, o direito à convivência familiar não pode ser mantido em cenários de violação a outros direitos da criança e do adolescente, consolidados no princípio da proteção integral, cerne da Lei 8.069/90. Ou seja, não é viável manter a convivência com a família quando a criança ou adolescente tem seus direitos à vida, saúde, dignidade, respeito, dentre outros, ameaçados pelos próprios genitores. Neste cenário, emergem as situações de destituição do poder familiar familiar.

2 DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR

O poder familiar é aquele exercido por ambos os genitores, em igualdade de condições, para proteger os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, compreendendo, assim, diversos direitos e deveres dos genitores. Todavia, em casos de abusos e desrespeitos aos direitos das crianças e adolescentes, os genitores podem ter o poder familiar destituído.

A destituição do poder familiar é uma das formas de extinção do poder familiar, prevista no artigo 1.635 e seguintes do Código Civil, em que, nos casos previstos em lei, o pai ou a mãe perde o poder familiar, após um processo legal que assegura o contraditório e ampla defesa.

As hipóteses de destituição estão previstas no artigo 1.638 do Código Civil, que são: castigar imoderadamente; abandonar; praticar atos contrários à moral e bons costumes; tiver o poder familiar

suspensão reiteradamente; entregar o filho a terceiro para adoção de modo irregular; praticar crimes de homicídio, lesão corporal grave ou seguida de morte em contexto de violência doméstica, estupro ou outro crime contra a dignidade sexual com pena de reclusão, contra o outro detentor do mesmo poder familiar ou contra filhos ou descendentes.

Assim, tem-se que a destituição ocorre em favor do melhor interesse da criança e do adolescente, como narra Silvio Rodrigues:

A suspensão ou destituição do poder familiar constituem, assim, sanções aplicadas aos pais pela infração ao dever genérico de exercerem o poder parental de acordo com regras estabelecidas pelo legislador, e visam atender ao maior interesse do menor. A nosso ver, tais sanções têm menos um intuito punitivo aos pais do que o de preservar o interesse dos filhos, afastando-os da nociva influência daqueles (RODRIGUES, 2004).

Atente-se que a destituição do poder familiar é uma medida excepcional, pois após a destituição as crianças e adolescentes irão para centros de acolhimentos para uma possível adoção, que pode ou não ocorrer. Deste modo, tendo em vista as questões psicológicas envolvidas, deve-se utilizar a destituição do poder familiar apenas em último caso, quando não possível a manutenção da criança e do adolescente na família.

3 SITUAÇÕES DE CONFLITO ENTRE OS INSTITUTOS

Em um primeiro momento, ao analisar a destituição do poder familiar perante o direito à convivência familiar, há aparente conflito: tirar a criança ou adolescente do convívio de seus pais significa também retirá-los de seu seio familiar, dificultando-lhes o acesso à

convivência.

Entretanto, ao analisar o instituto da destituição do poder familiar, nota-se que as hipóteses de cabimento são restritas a situações de graves violações aos direitos das crianças e dos adolescentes. Essas hipóteses, abrangidas no tópico anterior, constituem situações em que a permanência da criança ou adolescente no ambiente familiar representa ameaça ou danos concretos à integridade física ou psíquica, o que não deve permanecer, mesmo diante do direito à convivência familiar.

Nesse sentido, deve ser feita uma ponderação quanto ao direito à convivência familiar, pois este não pode ser utilizado como justificativa para manutenção de uma criança ou adolescente em situações de abuso e violência física e moral. Assim, o direito à convivência familiar deve ser entendido à luz do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e do princípio da proteção integral, para protegê-los das situações em que os próprios pais são os perpetradores dos abusos.

Importante salientar que o instituto da destituição do poder familiar não foi criado como uma forma de sancionar os pais, retirando-lhes os filhos, mas sim teve como objetivo proporcionar às crianças e adolescentes um meio de proteção quando existe violação grave de seus direitos. Nesse sentido:

(...) a destituição é imposta sempre no interesse do filho, devendo desse modo o juiz fazer uma análise bem cuidadosa, pois o que está se discutindo é o interesse do menor, e qualquer decisão tomada ao contrário desse princípio, pode gerar dano irreparável. Então, diante da indagação de qual é o caráter da destituição do poder familiar, a doutrinadora Comel conclui que “antes se configura uma proteção aos filhos menores do que uma medida sancionadora ou punitiva ao comportamento dos pais”. Assim, conforme os ensinamentos dos doutrinadores mencionados, a solução para a indagação

aqui tratada é no sentido que devemos ter em mente que a destituição do poder familiar não pode ser utilizada como punição aos pais, mas sim para proteger a criança e o adolescente, sendo o objetivo maior a proteção, pois quanto aos pais o ordenamento jurídico, especificamente o Direito Penal já se encarregou em punir (TOMIZAWA, MOREIRA, 2012) (grifos nossos).

O Superior Tribunal de Justiça, quando da análise desses temas, busca ponderar casuisticamente se a destituição do poder familiar deve prevalecer, destacando a necessidade de priorizar-se o melhor interesse da criança e do adolescente, em cada caso, conforme vê-se:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. ABRIGAMENTO DE MENORES. POSSIBILIDADE. 1. Inviável, na estreita via do recurso especial, revolver o conjunto probatório que orientou o Tribunal a decidir pela convivência, para as menores, in casu, de voltarem ao lar, agora sob os cuidados exclusivos da figura materna, porquanto constatado que: i) o pai que perpetrou abusos em relação às filhas, encontra-se recluso e condenado ao cumprimento de pena; ii) a mãe está recebendo apoio institucional para suprir as necessidades materiais das filhas e que; iii) há forte vínculo afetivo entre filhas e mãe que autorizam o restabelecimento, monitorado, do convívio familiar, pelo Conselho Tutelar, com o envio de relatórios ao Juízo de origem. 2. Recurso não provido.

(STJ - REsp 1641151 RS 2016/0191369-3, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 02/05/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/05/2017) (grifo nosso).

Nota-se que neste julgado foi discutido se deveria ser estabelecido o convívio familiar da mãe com as crianças, mesmo após

o pai ter sido condenado por abusar das filhas e estar cumprindo pena. O STJ, após apreciar os elementos com o apoio de equipe multidisciplinar, entendeu que a mãe mantinha vínculo afetivo forte com as crianças, o que garante a boa convivência familiar. Assim, como o pai já havia sido afastado do lar, preservou o núcleo familiar apenas com a mãe, estabelecendo também monitoramento através de relatórios a serem enviados ao juízo.

Deste modo, em casos concretos, deve ser sopesado o direito à convivência familiar com o direito ora violado, analisando se há ou não possibilidade de restabelecer o núcleo familiar, com vínculo afetivo, e se tal medida é a melhor para a criança ou adolescente.

4 ALTERNATIVAS PARA A CONVIVÊNCIA FAMILIAR

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 19, é expresso em mencionar que:

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

Dessa forma, confirma-se que a ocorrência da destituição do poder familiar é estritamente excepcional, pois o objetivo do ordenamento jurídico é primordialmente manter as crianças e adolescentes junto à suas famílias naturais.

No entanto, mesmo diante das situações abordadas, em que a destituição se faz necessária, passa a incidir um aparato legislativo que traz alternativas para que a criança ou adolescente não fique totalmente privada de seu direito à convivência familiar.

Tais institutos incidem de maneira escalonada, pois dá-se

preferência sempre à menor modificação possível da vida da criança. Primeiramente, conforme dispõe o artigo 19, §3º do ECA, deve-se privilegiar a manutenção e reintegração da criança ou adolescente à sua própria família, preferindo-se o outro genitor e depois os membros da família extensa.

Apenas, caso não haja possibilidade do outro genitor ou de outro membro da família adquirir a guarda, a criança deve ser colocada sob guarda provisória de alguém apto a adotá-la, ou ser direcionada a entidade de acolhimento familiar ou institucional (art. 19, §4º, do ECA).

Sendo a permanência em entidade de acolhimento medida excepcional, a situação da criança ou adolescente deve ser avaliada periodicamente, para que se verifique se há possibilidade de reintegrar aquela criança ao núcleo familiar original, ou se esta pode ser colocada em família substituta (art. 19, §1º, do ECA). Também prevê o ECA um prazo máximo para permanência da criança ou adolescente em programa de acolhimento, que corresponde a dezoito meses (art. 19, §2º, do ECA). Infelizmente, contudo, a prática burocrática e as dificuldades envolvendo o instituto da adoção no Brasil impedem que o prazo previsto seja respeitado, na maioria dos casos, já que a média de tempo em acolhimento é de vinte e quatro meses³⁶⁸.

Enquanto a criança ou adolescente permanecer em situação de acolhimento institucional, a fim de que não fique totalmente privada de convivência familiar, é possível que participe de programas de apadrinhamento. O apadrinhamento é uma prática em que pessoas

³⁶⁸ CONSTANTINO, Patrícia; ASSIS, Simone Gonçalves de; MESQUITA, Viviane de Souza Ferro de. Crianças, adolescentes e famílias em SAI. In ASSIS, S. G. de; FARIAS, L. O. P. (orgs.). **Levantamento nacional das crianças e adolescentes em serviço de acolhimento**. São Paulo: Editora Hucitec, 2013, pp. 161-220.

físicas ou jurídicas estabelecem vínculos com essas crianças e adolescentes, contribuindo para que não percam sua vivência familiar e comunitária, através da colaboração com o desenvolvimento pessoal em seus diferentes níveis, incluindo a vivência comunitária (art. 19-B, §1º, do ECA).

Caso haja possibilidade de colocação em família substituta, que pode ser através de guarda, tutela ou adoção, deve o Magistrado analisar a relação existente entre a criança ou adolescente e a família, verificando os graus de afinidade e afetividade existentes, para que sejam minoradas as consequências negativas (art. 28, §3º, do ECA).

Importante mencionar, também, que a colocação em família substituta não pode ocorrer sem prévio estudo da família que pretende integrar a criança ou adolescente, sendo avaliada a compatibilidade dos membros da família com a medida, bem como se há ambiente familiar adequado. Após o estudo e conclusão pela viabilidade da colocação, há ainda meticulosa preparação para a integração da criança ou adolescente à família. Por fim, há o acompanhamento periódico após a colocação.

Como um último e excepcional recurso, tem-se a adoção internacional, que é a colocação da criança ou adolescente em família estrangeira, sendo um processo similar à adoção nacional, mas com peculiaridades destinadas a proteger a herança cultural da criança ou adolescente.

CONCLUSÃO

O direito à convivência familiar, como visto, é um dos direitos da criança e do adolescente e, assim como os outros direitos, deve ser respeitado. Neste contexto pode emergir a destituição do poder familiar, que ocorre justamente quando algum dos direitos da criança

e do adolescente é gravemente violado.

Assim, restou evidente que, com o confronto entre os dois institutos, direito à convivência familiar e a destituição do poder familiar, estes não são conflituosos, mas sim há uma compatibilização que deve ser equilibrada de acordo com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Neste contexto, temos as alternativas à convivência familiar, que são gradativas, em que há prioridade para pequenas mudanças, em que a adoção, por exemplo, só pode ser concedida quando outras medidas menos drásticas para a criança e adolescente não forem possíveis, assim como a adoção internacional só será possível excepcionalmente, caso a nacional não seja viável.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4a. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168 p. (Série Legislação Brasileira).

BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 17 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>.

Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.715, de 24 de setembro de 2018. Dispõe sobre hipóteses de perda do poder familiar pelo autor de determinados crimes contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra filho, filha ou outro descendente. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-

2018/2018/Lei/L13715.htm>. Acesso em: 18 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial

1641151/RS. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília. J. em: 02/05/2017. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1598770&num_registro=201601913693&data=20170531&formato=PDF>. Acesso em: 18 abr. 2020.

PEREIRA, Juliana Maria Fernandes; COSTA, Liana Fortunato. Os desafios na garantia do direito à convivência familiar. **Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano**, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 19-31, abr. 2005.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil:** direito de família. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SIMIONATO, Caroline; PARRÃO, Juliene Áglio de Oliveira. Plano Nacional de Convivência Familiar e Comunitária e a Proteção Social: a família como espaço prioritário de desenvolvimento. **Colloquium Humanarum**, Presidente Prudente, v. 11, n. 2, p. 133-139, mai./ago. 2014.

TOMIZAWA, Guilherme, MOREIRA, Josiele Adriana. **Destituição do Poder Familiar:** Punição ou Garantia de Direitos? nima Revista Eletrônica do Curso de Direito Opet. N. 6. Jan/Jun. 2012. Disponível em: <<http://www.opet.com.br/faculdade/revista->

anima/pdf/anima6/Destituicao_do_poder_familiar.pdf>. Acesso em: 09 mai. 2020.

UNICEF. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Brasília: UNICEF, 1989. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>> Acesso em: 21 abr. 2020.

NATUREZA JURÍDICA DA MEDIDAS SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO E A SUA EFICÁCIA

LEGAL NATURE OF SOCIO-EDUCATIVE MEASURE OF INTERNMENT AND ITS EFFECTIVENESS

*Gabriella Saiki*³⁶⁹

*Luciana de Carvalho Nogueira Jorge*³⁷⁰

*Natalia Marques Abramides Brasil*³⁷¹

RESUMO

O artigo pretendeu analisar em que consistiria a natureza jurídica da medida socioeducativa de internação em estabelecimento educacional aplicada ao adolescente que comete ato infracional, bem como observou sua eficácia tendo em vista seu atual contexto de aplicação e seus objetivos primordiais.

Ademais, as outras medidas socioeducativas, previstas no artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), foram observadas a fim de demonstrar as diferenças e os resultados advindos da aplicação de medidas em meio aberto *versus* a aplicação de medidas em meio fechado.

A pesquisa foi estruturada a partir do levantamento doutrinário, jurisprudencial e legislativo do tema, utilizando o método dedutivo e indutivo sob uma perspectiva dialética. Destaca-se que dados obtidos

³⁶⁹ Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - USP. E-mail: gabriella.saiki@usp.br.

³⁷⁰ Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - USP. E-mail: luciana.jorge@usp.br.

³⁷¹ Mestre pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - USP. E-mail: nabramides@gmail.com.

pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) acerca da reentrada destes jovens no sistema socioeducacional foram fundamentais para as conclusões obtidas.

Palavras-chave: Medidas socioeducativas – eficácia – internação em estabelecimento educacional – natureza jurídica – meio aberto – meio fechado.

ABSTRACT

The article aimed to analyze what would be the legal nature of the socio-educative measure of internment in educational establishment applied to the adolescent who commits an offense, as well as observed its effectiveness in view of its current context of application and its primary objectives.

In addition, the other socio-educational measures, fixed in article 112 of The Child and Adolescent Statute (ECA), were observed in order to demonstrate the differences and the results arising from the application of measures in an open environment *versus* the application of measures in a closed environment.

The research was structured from the doctrinal, jurisprudential and legislative survey of the theme, using the deductive and inductive method from a dialectical perspective. It is noteworthy that data obtained by the Conselho Nacional de Justiça (CNJ) about the reentry of these young people in the socio-educational system were fundamental to the conclusions obtained.

Keywords: Socio-educational measures – efficiency – social-educative measure of internment in educational establishment – legal nature – open environment – closed environment.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa à análise da natureza jurídica da medida socioeducativa de internação em estabelecimento educacional, aplicada ao adolescente que comete ato infracional, bem como visa a

observar se essa medida é eficaz na consecução dos objetivos que impulsionaram sua criação e utilização.

As medidas socioeducativas, como será visto adiante, estão previstas no artigo 112 da Lei nº 8.069/1990, mais conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), e são aplicadas ao adolescente que pratica ato infracional e consistem, segundo os incisos do dispositivo em: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional.

Observa-se que, em um primeiro momento, a natureza jurídica da medida de internação era essencialmente socioeducativa, buscando ressocializar, reeducar e apoiar o adolescente, sedimentando o princípio da proteção integral, previsto no artigo 227, *caput*, da Constituição Federal³⁷². Essa previsão, inclusive, foi repetida no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu 4º artigo³⁷³.

Contudo, o que se observa na prática é que tal medida passou a apresentar natureza coercitiva, com caráter sancionatório e punitivo, desconfigurando sua ideia inicial. Essa ruptura acarreta ineficácia das medidas socioeducativas que privam a liberdade do agente e apenas o

³⁷² Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

³⁷³ Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

punem pelo ato, de forma que, ao invés de ser incentivado a práticas positivas, o adolescente acaba sendo incentivado à reiteração, continuando em um ciclo vicioso de violência e abandono.

Desde já se destaca um dado retirado do “Panorama das Reentradas e Reiteraões Infracionais”, pesquisa feita pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2019, trabalho mais recente nessa seara: Observou-se que 23,9% dos adolescentes retornaram ao menos uma vez ao sistema socioeducativo no período entre janeiro de 2015 e junho de 2019.

Por conseguinte, o trabalho buscará explicitar o que é o ato infracional, citará quais são as medidas socioeducativas, mas dará ênfase à medida de internação, apontando qual a sua natureza jurídica e em que passo tais medidas são eficazes ou não tendo em vista o contexto do sistema socioeducativo brasileiro.

Ressalta-se que quanto aos materiais e métodos utilizados, a pesquisa será estruturada, preliminarmente, por meio de levantamento bibliográfico e legislativo. Proceder-se-á dessa maneira para que seja possível compreender as definições pertinentes e suas respectivas aplicações. Posteriormente, a jurisprudência brasileira será analisada, especialmente no que tange aos estudos feitos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Portanto, para o desenvolvimento da pesquisa serão utilizados os métodos dedutivo e indutivo sob uma perspectiva dialética. Conforme lições de Antônio Carlos Gil (2014, p. 9-10), o método dedutivo parte do geral para o particular e o indutivo procede inversamente. Assim, será feita a observação sistemática dos dados encontrados a fim de construir as bases da pesquisa, proporcionando raciocínios particulares, bem como será feita a elaboração das conclusões finais a partir de tais premissas individuais. A perspectiva

dialética é fundamental neste passo para o confronto dos dados e para a análise da discussão entre doutrina e jurisprudência.

1 ATO INFRACIONAL

De acordo com o artigo 103, da Lei nº 8.069/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), “Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.”.

A doutrina se divide quanto ao conceito de ato infracional. A primeira o define como um fato típico e antijurídico, enquanto a segunda, definição majoritária na doutrina, entende ser um fato típico, antijurídico e culpável.

Para Ishida (2015, *apud* CANÁRIO; PEREIRA, 2017, p. 04), aos olhos da lei menorista, crime é um fato típico e antijurídico, vez que a criança e o adolescente não preenchem requisito para a aplicação da pena, qual seja a culpabilidade. Aplica-se, ainda, a presunção absoluta da incapacidade desses indivíduos de compreensão e a adoção do critério cronológico ao passo em que o sistema jurídico brasileiro estabelece o início da imputabilidade aos 18 anos, de forma que o adolescente em conflito com a lei fica sujeito à legislação especial, precisamente o Estatuto da Criança e do Adolescente, cabendo-lhe a aplicação das medidas socioeducativas.

Marcos Bandeira (2006, p. 26-27) define o ato infracional como toda conduta que se amolde às figuras típicas de um crime ou contravenção penal prevista no Código Penal ou na legislação extravagante, quando esta for praticada por criança ou adolescente.

Quando o ato infracional é cometido por criança (indivíduo de até doze anos de idade), aplicar-se-ão as medidas de proteção, sendo o Conselho Tutelar o órgão responsável pelo atendimento (AQUINO, 2012).

Quando um adolescente cometer prática de ato infracional, tendo sido apreendido, deve ser apresentado à autoridade policial competente na Comarca para que seja formalizado o processo investigatório (CANÁRIO; PEREIRA, 2017, p. 06).

O processo e julgamento dos atos infracionais atribuídos aos adolescentes em conflito com a lei seguirá as determinações do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e se dará perante a Vara da Infância e Juventude, sendo este o juiz competente para aplicar, ou não, medida socioeducativa cuja efetivação dependerá do trânsito em julgado da sentença que a determinou.

O ECA estabelece, para crianças, um sistema de irresponsabilidade por atos infracionais, ou seja, estas nunca se sujeitam a medidas socioeducativas, somente a medidas de proteção, enquanto, para os adolescentes, foi estabelecido sistema de responsabilidade especial, sujeitando-os às medidas socioeducativas e de proteção (FULLER; DEZEM; JÚNIOR NUNES, 2013).

Antes do ECA, sob o regime da Lei nº 6.697 de 1979, havia a possibilidade de imposição de medida privativa de liberdade a menores em situação irregular (FULLER; DEZEM; JÚNIOR NUNES, 2013). No entanto, com o advento do ECA, o poder punitivo estatal passou a limitar-se à possibilidade de intervenção punitiva socioeducativa somente em face de conduta que seja tipificada como infração penal para adultos, ou seja, o diploma trouxe a necessidade de tipicidade remetida para que haja o aperfeiçoamento do ato infracional.

Efeito prático de tal limitação foi cessar a possibilidade de um menor ser internado por perambulação, vez que referida conduta não corresponde a uma infração penal. Cogitou-se configurar essa situação como a contravenção de vadiagem (artigo 59 da LCP), no entanto, tal interpretação não prevaleceu pelo entendimento de que o adolescente

não está obrigado ao trabalho (PAULA, 2008, p. 682). Da mesma forma, não há que se falar em ato infracional quando houver causa excludente de ilicitude como, por exemplo, em casos de legítima defesa (artigo 25 do Código Penal).

De acordo com Fuller, Dezem e Nunes Júnior (2013), a culpabilidade juvenil depende de três requisitos: (a) imputabilidade, (b) potencial consciência da ilicitude; e (c) exigibilidade de conduta diversa. Quanto à (a) imputabilidade, a doença mental ou o desenvolvimento mental incompleto que ocasione a inteira incapacidade de o sujeito entender o caráter ilícito do fato impede a aplicação de medida socioeducativa ao adolescente, sendo adequada uma medida de proteção. A superveniência de doença ou deficiência mental, durante a execução da medida socioeducativa, poderá ensejar a suspensão do processo para que sejam tomadas as medidas cabíveis e necessárias ao tratamento. No que tange à (b) potencial consciência da ilicitude, esta poderá ser afastada pelo reconhecimento de erro de proibição inevitável; e, por fim, a (c) exigibilidade de conduta diversa pode ser arredada pela coação moral ou pela obediência hierárquica.

2 MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

As medidas socioeducativas correspondem à resposta estatal aplicada ao adolescente que cometeu ato infracional. Após a comprovação da autoria e materialidade da prática do ato infracional, devem ser aplicadas as medidas socioeducativas levando-se em consideração as características do ato infracional cometido (circunstâncias e gravidade), as peculiaridades do adolescente que o cometeu (capacidade de compreensão e de cumprimento das medidas que lhe serão impostas) e suas necessidades pedagógicas individuais, devendo se dar preferência àquelas medidas que visem ao

fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários (AQUINO, 2012).

O Estatuto da Criança e do Adolescente trata sobre as medidas socioeducativas em seu Capítulo IV, que se encontram elencadas no artigo 112, são elas: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade, internação em estabelecimento educacional, qualquer uma das previstas no artigo 101, incisos I a VI.

2.1 Medidas em Meio Aberto

As medidas socioeducativas em meio aberto constituem os incisos I a IV do artigo 112 do ECA supramencionado, sendo elas a advertência, a obrigação de reparar o dano, a prestação de serviços à comunidade e a liberdade assistida.

Segundo Moreira, Guerra e Drawin (2017, p. 02), a advertência consiste em medida imediata e de caráter informativo, que poderá ser aplicada sempre que houver prova da materialidade da infração e indícios suficientes de autoria (artigo 114, parágrafo único do ECA), em que o juiz da vara da infância e da juventude, na presença do adolescente e de seu responsável, informa-o dos seus deveres perante a lei, o ato cometido e das consequências de eventual reincidência.

Quando o ato infracional possuir reflexos patrimoniais, poderá ser aplicada a medida de obrigação de reparar o dano, na qual o adolescente deverá devolver o bem a quem o pertence, ressarcir eventual dano, ou ainda compensar o prejuízo da vítima (artigo 116, ECA). Assim como a advertência, trata-se de medida de caráter informativo, não exigindo acompanhamento posterior do adolescente

por um responsável técnico pela execução da medida (MOREIRA; GUERRA; DRAWIN, 2017, p. 02).

A medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade (PSC) busca fazer com que o adolescente realize tarefas gratuitas de interesse geral, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros, por período não superior a seis meses, conforme o artigo 117 do ECA, cujo parágrafo único limita a realização das tarefas de maneira a não prejudicar a frequência à escola ou à jornada normal de trabalho. Considerando que a intenção precípua da medida socioeducativa é de educar, instruir e informar o adolescente, impreterível que a sua realização não se mostre um empecilho aos seus estudos.

No que tange à medida de liberdade assistida, assim como a de prestação de serviço à comunidade, integra as medidas em meio aberto, ou seja, medidas nas quais o adolescente não sofre nenhuma sanção à sua liberdade, permanecendo em sua comunidade e junto à sua família durante a execução da mesma. No entanto, quando determinada a medida de liberdade assistida, um técnico acompanhará a vida social do adolescente durante o cumprimento da medida, visando sua inserção na comunidade, na escola e na formação para o trabalho, seus vínculos familiares e a sua responsabilização frente ao ato infracional por ele cometido (MOREIRA; GUERRA; DRAWIN, 2017, p. 02).

De acordo com o professor José Barroso Filho (2001, *apud* AQUINO, 2012), a medida de liberdade assistida parte do seguinte princípio:

(...) em nosso contexto social, não basta vigiar o menor, como se faz em outros países, sendo necessário, sobretudo, dar-lhe assistência sob vários aspectos, incluindo psicoterapia de suporte e orientação pedagógica, encaminhando ao trabalho,

profissionalização, saúde, lazer, segurança social do adolescente e promoção social de sua família. Em resumo, é um programa de vida, que a equipe técnica do Juizado prepara para o adolescente autor do ato infracional, depois de computados os dados do processo judiciário e feito o levantamento social do caso junto à família e à comunidade.

2.2 Medidas em Meio Fechado

As medidas em meio fechado são a semiliberdade e a internação, e constituem as mais gravosas previstas no ordenamento. Enquanto a medida de semiliberdade é restrita em relação à liberdade de ir e vir, a internação estabelece uma ação de privação de liberdade.

A medida de semiliberdade permite que o adolescente mantenha vínculos externos cotidianamente, como a escolha, o trabalho e, com frequência, os finais de semana no convívio com os familiares. Por sua vez, a medida de internação priva o adolescente do convívio externo de maneira mais incisiva (MOREIRA; GUERRA; DRAWIN, 2017, p. 02), conforme será abordado de maneira mais aprofundada em tópico futuro.

2.3 Aplicação

O Juiz da Infância e da Juventude, ao aplicar a medida socioeducativa ao adolescente, determinando sua modalidade, duração e condições, deve atentar-se à capacidade do mesmo em cumpri-la, bem como às circunstâncias e a gravidade do ato infracional cometido (artigo 112, §1º do ECA), de forma a garantir a proporcionalidade da resposta estatal (FULLER; DEZEM; JÚNIOR NUNES, 2013). Ainda nesse sentido, o artigo 100 do ECA (aplicado por extensão do artigo 113 do mesmo diploma), orienta que "na

aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários".

Apesar de o ECA propor as medidas socioeducativas e estabelecer condições e orientações para a sua determinação, o diploma não legisla sobre as diretrizes de aplicação dessas medidas. Em razão da ausência de diretrizes específicas para a execução das medidas socioeducativas por parte das instituições, criou-se o Sistema Nacional Socioeducativo (SINASE, Lei nº 12.594/2012), diploma composto por princípios, regras e ações jurídicas, políticas, financeiras e administrativas, presentes no contexto do trabalho com o adolescente que comete ato infracional, acompanhando-o desde a apuração do ato até a execução de uma das seis medidas socioeducativas (MOREIRA; GUERRA; DRAWIN, 2017, p. 02).

O SINASE tem como finalidade precípua a implementação da eficácia da execução das medidas socioeducativas. Para isso, estabelece as diretrizes que devem ser cumpridas nas unidades executoras das medidas, ressaltando os princípios da legalidade, excepcionalidade, prioridade, proporcionalidade, e a brevidade e a excepcionalidade das medidas que implicam na privação da liberdade. Ainda, definem as competências de cada um dos entes federativos, reforçando o caráter pedagógico das medidas socioeducativas (CANÁRIO; PEREIRA, 2017, p. 12).

É responsável por instituir, em seu artigo 19, o Sistema Nacional de Avaliação e Acompanhamento do Atendimento Socioeducativo, que possui como objetivos contribuir para a organização da rede de atendimento socioeducativo, assegurar conhecimento sobre as ações de atendimento socioeducativo, bem como seus resultados, promover a melhora da qualidade da gestão e

do atendimento socioeducativo, e disponibilizar informações sobre esse.

No capítulo IV do diploma, fica instituído o Plano Individual de Atendimento (PIA), um instrumento individualizado, cuja elaboração se dá em conjunto com o adolescente e sua família, visando conferir maior eficácia à execução da medida socioeducativa imposta. Através do PIA serão estabelecidas metas e atividades a serem cumpridas pelos adolescentes submetidos a medida socioeducativa aplicada pelo Poder Judiciário, que serão monitoradas pelo Juiz da Infância e da Juventude e fiscalizadas pelo Ministério público e pelo defensor do adolescente (CANÁRIO; PEREIRA, 2017, p. 12).

Recentemente, no julgamento do Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 557506 - RJ, o Superior Tribunal de Justiça concedeu liminar para suspender o cumprimento de medida socioeducativa de semiliberdade imposta por juiz de primeira instância a um adolescente que teria cometido ato infracional análogo ao tráfico de drogas. Argumentou a Defensoria Pública do Rio de Janeiro, na defesa do adolescente, que o entendimento do Superior Tribunal Federal, segundo o qual a pena só pode ser executada após o trânsito em julgado, também vale para os adolescentes. Além disso, apontou que, nos termos do artigo 35, inciso I do SINASE, o adolescente não pode receber tratamento mais gravoso do que o adulto. O Ministro Relator Sebastião Reis Júnior concedeu a liminar baseando sua decisão neste artigo e no artigo 54 dos Princípios Orientadores de Riad, ambos anteriormente mencionados.

A decisão representa um importante precedente na matéria de Direitos da Criança e do Adolescente. Nas palavras da Defensora Pública Elisa Oliveira (RODAS, 2020), atuante no caso:

A decisão garante, em especial, o respeito à presunção de inocência dos adolescentes, já que impede que as medidas socioeducativas impostas sejam cumpridas

antes do trânsito em julgado da sentença. Representa importante precedente garantidor de direitos individuais dos adolescentes, evitando o início do cumprimento de medidas que podem, posteriormente, ser revertidas.

3 INTERNAÇÃO EM ESTABELECIMENTO EDUCACIONAL

Destaca-se, aqui, que os aspectos da internação não serão completamente esgotados por se tratar de artigo científico, o que extrapolaria este gênero e a própria ideia inicial das pesquisadoras. Como apontado no tópico acima, a internação em estabelecimento educacional é uma das medidas socioeducativas prevista no inciso VI do artigo 112, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Essa medida está disciplinada na Seção VII do ECA, entre os artigos 121 a 125. É uma modalidade de medida privativa da liberdade, assim como a semiliberdade, mas é conhecida como a mais gravosa, como aponta o §3º do artigo 42 da Lei 12.594/2012³⁷⁴. A medida de internação, devido a sua gravidade, só pode ser aplicada nas situações expressamente previstas pelo ECA.

3.1 Princípios

Como aduz Ribeiro (2017), três são os princípios que condicionam a internação, princípios estes previstos no *caput* do

³⁷⁴ § 3º Considera-se mais grave a internação, em relação a todas as demais medidas, e mais grave a semiliberdade, em relação às medidas de meio aberto.

artigo 121³⁷⁵, ECA e no §3º, inciso V do artigo 227, CF/88³⁷⁶, quais sejam o da brevidade, o da excepcionalidade e o do respeito à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento.

O primeiro princípio é o da brevidade (limite cronológico), e encontra respaldo na própria duração da medida de internação. Como exposto pelos §§2º e 3º do artigo 121, ECA, a medida não tem prazo determinado, mas não poderá ultrapassar três anos. Aliás, o terceiro princípio também se relaciona a esses dispositivos, vez que a manutenção da internação deve ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, em período não superior a seis meses.

Ou seja, deve-se respeitar a condição peculiar do adolescente (pessoa em desenvolvimento) e observar em que passo a medida surta efeito, se há necessidade de ser estendida, não se olvidando da necessidade de oferecer tratamento jurídico especial a esses sujeitos. Ademais, o último princípio deixa claro que o funcionamento da medida dependerá do contexto em que o adolescente está inserido e dos motivos que levam à aplicação dessa gravosa providência.

O segundo é o princípio da excepcionalidade (limite lógico no processo decisório sobre sua aplicação), que é facilmente identificado na redação do §2º do artigo 122, ECA: caso haja outra medida adequada, não se cogita da hipótese de internação, o que demonstra seu caráter subsidiário frente às demais atuações possíveis do Estado quando há o cometimento de ato infracional.

³⁷⁵ Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

³⁷⁶ § 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: (...) V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade; (..)

O terceiro e último princípio é o do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (limite a ser considerado na decisão e na implementação da medida). O próprio ECA demonstra que a internação, sendo a medida mais gravosa, só deve ser aplicada quando as demais não são apropriadas ao caso. É o que se pode interpretar do artigo 100 do diploma: “Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.”.

3.2 Cumprimento

Conforme apresentado na pesquisa realizada por Moreira, Guerra e Drawin (2017, p. 02), “A medida de internação priva, de maneira bem mais incisiva, o adolescente do convívio externo, pois as possibilidades de saída, restritas, serão construídas ao longo do cumprimento da medida em meio fechado.”. A internação desdobra-se em uma proposta de trabalho socioeducativo, garantindo direitos, mas também buscando a responsabilização do adolescente.

Pensando nessas propostas, a internação pode prever atividades externas, a critério da equipe técnica do local em que o adolescente está internado (artigo 121, §1º, ECA). E, apesar de o juiz poder restringir atividades externas, a direção da entidade pode permitir a saída monitorada do adolescente nos casos especificados no artigo 50 da Lei nº 12.594/2012.

Ainda no que diz respeito ao cumprimento da medida de internação, esta não pode ser cumprida em estabelecimento prisional (artigo 185, *caput*, ECA), mas sim em estabelecimento educacional

próprio, nos parâmetros propostos pelo artigo 123, *caput*³⁷⁷, do diploma. Já o parágrafo único do artigo 123 torna obrigatórias as atividades pedagógicas durante o tempo em que a pessoa estiver internada.

Quanto ao prazo, quando o limite de três anos for atingido, de acordo com o §4º do artigo 121, ECA, o adolescente deve ser colocado em liberdade, em regime de semiliberdade ou em regime de liberdade assistida. Em qualquer dessas hipóteses, a desinternação está condicionada à autorização judicial prévia e oitiva do Ministério Público (§6º, artigo 121, ECA). A exceção a essas condições é a liberação compulsória, quando a pessoa completa vinte e um anos (§5º, artigo 121, ECA).

3.3 Cabimento e espécies

A internação só pode ser aplicada no caso das hipóteses previstas nos incisos do artigo 122, ECA, quais sejam ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; por reiteração no cometimento de outras infrações graves ou por descumprimento reiterado e injustificável de medida anterior. De acordo com Fuller, Dezem e Júnior Nunes (2013), no caso do primeiro inciso, a violência ou grave ameaça devem integrar o preceito primário do tipo penal, respeitando o princípio da legalidade.

Na segunda hipótese de cabimento, basta o cometimento de outras infrações graves, resultado de reiteração. Então a conduta sem grave ameaça ou violência à pessoa ainda assim poderia admitir a aplicação da internação, caso não tenha sido a primeira prática.

³⁷⁷ “A internação deverá ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele destinado ao abrigo, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração.”

O Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendem que não há número mínimo de infrações para caracterizar a reiteração. Anteriormente havia a discussão no STJ que sinalizava que para a caracterização dessa figura é necessária a prática de ao menos três atos infracionais graves, já que o legislador utilizou o termo “reiteração”, não “reincidência” e “outras infrações graves” está no plural. Tal entendimento mudou em 2016, alinhando-se ao do STF (STJ, 2016).

A terceira hipótese disciplina um dos tipos de internação, qual seja a internação-sanção. Diferente dos incisos I e II, ela é aplicada pelo juízo das execuções, sendo um meio de coagir o adolescente a cumprir a medida socioeducativa anteriormente designada e descumprida. Por seu claro caráter sancionatório, só pode ser aplicada pelo período máximo de três meses (§1º, artigo 122, ECA). Ao término desse prazo, volta-se a executar a medida anterior (FULLER; DEZEM; JÚNIOR NUNES, 2013).

Para sua aplicação não basta o simples descumprimento da medida, devendo este ser reiterado e injustificável. Nesse sentido,

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. INTERNAÇÃO. ART. 122 DO ECA. ROL TAXATIVO. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA. 1. A medida socioeducativa de internação somente pode ser aplicada quando caracterizada ao menos uma das hipóteses previstas no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente e caso não haja outra medida mais adequada e menos onerosa à liberdade do jovem. (...) Ademais, **não houve decretação judicial de descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imposta (inciso III)**, o que autorizaria apenas a internação-sanção por prazo não superior a 3 meses. (...) Habeas Corpus concedido para

impor ao paciente a medida socioeducativa de semiliberdade. (HC 312.633/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 06/04/2015). (*grifo nosso*)

Como outra espécie de internação, tem-se a chamada internação provisória. Ela é aplicada antes da sentença que impõe a aplicação da medida privativa de liberdade (artigo 108, ECA), mas só poderá durar por no máximo quarenta e cinco dias, sendo contada para efeitos de detração.

4 NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

É pacífico o entendimento de que a Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 8.069/1990, ao preverem a doutrina da proteção integral, representaram significativa mudança no tratamento da criança e do adolescente no país, que passaram de objetos da tutela estatal a sujeitos de direitos.

De acordo com Moreira, Guerra e Drawin (2017, p. 01), o Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê a doutrina de proteção integral desses sujeitos de direitos, defende a ideia de que a intervenção no adolescente em conflito com a lei deve apresentar mecanismos efetivos de reinserção social e de garantia dos direitos.

O ECA, na visão de Luciana Ramos da Silva (2015, p. 80), consiste na preocupação de conferir uma política de atendimento que supera o assistencialismo filantrópico anterior, oferecendo um sistema de responsabilização com características garantistas.

Entretanto, antes da consagração dessas ideias, a medida de internação era, em sua essência, uma medida privativa da liberdade cujo modelo visava a substituir a educação familiar (considerada

falha) por ações técnico-assistenciais que a corrigiriam, baseando-se na doutrina da situação irregular. O que conclui a pesquisa do CNJ (2019, p. 14) é que esta doutrina propiciou um movimento de criminalização da pobreza:

Se, por um lado, crianças e adolescentes oriundos de famílias pobres eram vistos como indivíduos propensos à delinquência e socialmente desajustados; por outro, suas famílias eram vistas como incapazes de educá-los — o que implicava, é evidente, em um padrão específico de educação e “ajustamento social”. Por essas razões, medidas de responsabilização pelo cometimento de ato infracional se confundiam com políticas de assistência social.

Este modelo culminou em segregação da comunidade de origem do adolescente e na privação de liberdade nas chamadas Fundações Estaduais do Bem-Estar do Menor (FEBEMs), modelo - este - que faliu rapidamente (CNJ, 2019, p. 15).

Segundo o estudo supramencionado (CNJ, 2019, p. 15), as fundações começaram a receber cada vez mais adolescentes, de modo que os serviços técnico-assistenciais eram oferecidos precariamente; além disso explodiam os problemas de infraestrutura e a violência nas unidades só aumentava.

Foi a partir desse contexto e com a aprovação da Convenção sobre os Direitos das Crianças em 1989 (debate na Organização das Nações Unidas) que o panorama brasileiro começou a mudar, objetivando concretizar os ditames do ECA e da CF/88, que consagram a doutrina da proteção integral, demonstrando que a socioeducação deve dirigir as ações voltadas a esse público.

Neste passo, o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), instituído pela Lei nº 12.594/12, reafirma a natureza pedagógica das medidas socioeducativas, estabelecendo a necessidade de participação dos adolescentes, de suas famílias e da própria comunidade durante o processo (CNJ, 2019, p. 16-17).

Mas conforme os estudos de Luciana Ramos da Silva (2015, p. 82-83), há divergência na doutrina acerca da fixação exata de qual seria a natureza jurídica das medidas socioeducativas, em especial a medida de internação, cujo caráter é assemelhado à pena privativa de liberdade, direcionada aos imputáveis. As discussões são centradas na dúvida: as medidas possuem caráter unicamente pedagógico, apenas possuem viés penalógico ou comporta ambos?

Apesar dos objetivos do ECA e do SINASE, a construção doutrinária e jurisprudencial em torno desses sujeitos de direitos e os próprios princípios da medida socioeducativa da internação, o que se nota, em muitos casos, é o caráter punitivo da medida. É o que aponta o Relatório da Pesquisa Nacional das Medidas Socioeducativas em Meio Aberto no Sistema Único de Assistência Social, fruto de uma pesquisa realizada pela Secretaria Nacional de Assistência Social – SNAS do Ministério do Desenvolvimento Social – MDS entre fevereiro e março de 2018: “Apesar de muitos avanços, o contexto atual brasileiro, em muitos momentos, remonta ao período menorista.”.

Para corroborar com essa tese, estudo feito por Scilieski, Bruno, Galeano, dos Santos, e da Silva (2015) demonstra, a partir da observação de relatório do CNJ (2012) sobre a internação, que a situação dos jovens que cumprem tal medida não mudou completamente com relação ao que vigorava no período do Código de Menores de 1979:

aproxima-se das características de um modelo prisional penal adulto, posto que a situação de violação de direitos se perpetua: superlotação, alto índice de reincidência, medicalização exagerada e não elaboração do Plano Individual de Atendimento (PIA), entre outros.

Apesar da existência dos debates acerca da natureza jurídica das medidas socioeducativas, principalmente do objeto central do presente estudo - a internação - ao se observar o sistema socioeducativo brasileiro, percebe-se que a característica unicamente pedagógica é difícil de ser alcançada.

Isso decorre de diversos motivos, dentre eles: pela quantidade de adolescentes em conflito com a lei, pela precariedade dos serviços fornecidos, pelo contexto comunitário e familiar no qual o sujeito está inserido e até mesmo pela configuração da sociedade, que clama pelo viés punitivo da medida.

Fato é que os esforços do ECA, do SINASE e da CF/88 foram, em um primeiro momento, alcançados, sobretudo quando da aplicação das medidas socioeducativas em meio aberto. Porém, é notória a existência de problemas relacionados à privação de liberdade, o que se traduz em reiteração no cometimento de atos infracionais.

5 (IN)EFICÁCIA DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

A aplicação de medida socioeducativa ao adolescente em conflito com a lei não é uma tarefa simples. É preciso entender o ato infracional praticado pelo adolescente enquanto construção histórica e social, permeada por desigualdades de classe, raça e gênero, indagando-se, por exemplo, quais as perspectivas que o adolescente infrator e sua família tiveram antes de serem criminalizados, quais estruturas públicas existentes no território que garantem acesso a

direitos básicos e a que tipo de cargas históricas esse adolescente é submetido em sua trajetória (SNAS, 2018, p. 19).

As medidas socioeducativas em meio aberto vêm ganhando cada vez maior relevância no cenário nacional, de forma que segundo a Pesquisa Nacional de Medidas Socioeducativas em Meio Aberto realizada em fevereiro/março de 2018 pelo Ministério de Desenvolvimento Social (SNAS, 2018, p. 05), as medidas socioeducativas em meio aberto representam 82% de todas as aplicadas em território nacional.

Seu destaque deve-se principalmente pela manutenção do adolescente em confronto com a lei em um ambiente que lhe é conhecido, garantindo o convívio diário com os seus familiares e integrantes do seu círculo social, possibilitando a reeducação do mesmo de maneira compatível com a sua idade e desenvolvimento. Advertir o adolescente, obrigá-lo a reparar dano causado, condicioná-lo à prestação de serviços à comunidade e garantir-lhe a sua liberdade sob a condição de ser devidamente assistido, configuram maneiras alternativas às medidas em meio fechado capazes de promover a conscientização do jovem e a atribuição de valor e significado aos seus atos, ao mesmo tempo em que alerta-o das consequências do cometimento de atos infracionais.

No entanto, a eficácia das medidas socioeducativas em meio aberto depende do apoio familiar e da sociedade. A problemática dessa situação se dá vez que a atual conjuntura social escancara um rompimento dos valores familiares, promovendo uma educação contumaz, bem como pela dificuldade de inclusão social do adolescente em conflito com a lei em razão dos preconceitos sofridos pela sociedade. Além disso, a educação é fundamental para esse processo. Para que haja sucesso na execução dessas medidas serão necessários maiores investimentos governamentais, principalmente

quanto à estrutura das entidades que realizam o trabalho de reeducação e ressocialização do adolescente em conflito com a lei (CANÁRIO; PEREIRA, 2017, p. 21-22).

É iminente a necessidade de discussão a respeito das formas de aplicação das medidas socioeducativas em meio aberto, principalmente através da especialização dos gestores e técnicos envolvidos no processo de aplicação e do investimento em infraestrutura das entidades responsáveis. Apesar disso, observa-se que a ressocialização dos adolescentes mostra-se mais eficiente quando acompanhado de políticas públicas que lhe garantam uma ressocialização digna, livre de preconceitos e que impossibilite a reincidência/reiteração do jovem (CANÁRIO; PEREIRA, 2017, p. 23), com o acompanhamento de seus familiares ou responsáveis e dos técnicos capacitados em um ambiente que represente segurança ao adolescente e não uma ameaça a sua liberdade.

Em contrapartida, a medida socioeducativa de internação, por ser medida em meio fechado, não se mostra plenamente eficaz para o desenvolvimento dos jovens. Apesar dos esforços legislativos, o tratamento dos adolescentes que sofrem a aplicação da internação varia conforme as peculiaridades do local, conforme a equipe profissional e conforme a própria estrutura dos estabelecimentos.

Ao analisar a distribuição das instituições pelos estados brasileiros, pesquisa de 2012 do CNJ (2012, p. 36), observou relevante disparidade em termos quantitativos, pois alguns estados possuem número muito maior de instituições de internação do que outros. Para os pesquisadores, os dados indicam “(...) a necessidade de se ampliar o sistema e rever os critérios de criação de novas estruturas, porque a demanda não corresponde ao número de estruturas.”.

Com o novo modelo, superando a doutrina da situação irregular e de criminalização da pobreza, a liberdade passou a ser

valorizada, vez que atende mais adequadamente ao princípio constitucional de respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e ao princípio da proteção integral.

A pesquisa elaborada pelo CNJ (2012, p. 34-35), supramencionada, descobriu que de 5.544 indivíduos, 1.327 retornaram ao menos uma vez ao sistema entre 2015 e 30 de junho de 2019 (reentrada de 23,9%). Já a taxa de reiteração, que considera a ocorrência de novo trânsito em julgado, foi de 13,9%.

Os dados indicam ainda que, a partir da segunda reentrada, o número de adolescentes que volta ao sistema socioeducativo tende a cair. Mas destacam que o número total dos que reentraram em meio fechado pela segunda vez é maior (oito retornos) se comparado aos que retornam ao meio aberto (dois adolescentes).

CONCLUSÃO

O presente artigo visou à análise da natureza jurídica da medida socioeducativa de internação aplicada quando do cometimento de ato infracional pelo jovem, bem como buscou entender se a medida possui efetividade no contexto atual do sistema socioeducativo brasileiro.

Destarte, o ato infracional, as medidas socioeducativas e em especial a medida de internação foram cotejadas para que a natureza jurídica da internação e a eficácia ou a ineficácia das medidas socioeducativas fossem discutidas.

A natureza jurídica da medida socioeducativa mais gravosa não é completamente clara e não foi regulada pelo ECA nem pelo SINASE. Há, também, cisão na doutrina quanto a sua verdadeira natureza: Existe apenas o caráter socioeducativo ou apenas o caráter penal? Ou a natureza da medida é híbrida?

Contudo, apesar das discussões, seu caráter pedagógico e socioeducativo, tendo em vista a doutrina da proteção integral - prevista até mesmo na Constituição Federal - é evidente.

Ainda que haja a ingerência estatal e a privação da liberdade do adolescente, o que caracterizaria uma natureza punitiva, sendo o adolescente uma pessoa em desenvolvimento, a mera punição pelo seu ato, sem o enfoque na educação, acarretaria problemas futuros, como a reentrada no sistema socioeducativo ou até mesmo a entrada desses jovens no sistema prisional.

O perfil dos adolescentes que cometem ato infracional, sua estrutura familiar, suas relações com a comunidade e até mesmo a configuração dos estabelecimentos educacionais devem ser analisados para que a medida escolhida seja realmente eficaz e não se desvirtua durante a aplicação.

Conclui-se que não há pleno consenso nessa seara, porém é importante observar de perto o sistema socioeducativo brasileiro para que abusos não ocorram. O caráter punitivo não basta para solucionar os problemas, o que se percebe até mesmo pelo sistema prisional do país. É essencial continuar estudando e se aprofundando nesses temas que implicam diretamente na organização social brasileira e no futuro dos jovens, pessoas que merecem especial atenção e cuidado do Estado para que efetivamente se desenvolvam a partir do caráter socioeducativo das medidas mencionadas.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Leonardo Gomes de. **Criança e adolescente: o ato infracional e as medidas socioeducativas**. 2012. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-99/crianca-e-adolescente-o-ato-infracional-e-as-medidas-socio-educativas/>>. Acesso em: 12 de maio 2020.

BANDEIRA, Marcos Antonio Santos. **Atos infracionais e medidas socioeducativas**: uma leitura dogmática, crítica e constitucional. Ilhéus: Editus, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 maio 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 12 maio 2020.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 12 maio 2020.

BRASIL. Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 18 jan. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm>. Acesso em: 12 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Habeas Corpus concedido para impor ao paciente a medida socioeducativa de semiliberdade. **Habeas Corpus nº 312.633/SP**. Defensoria Pública do Estado de São Paulo e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma. 06 abr. 2015. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27HC%27.clap.+e+@num=%27312633%27\)+ou+\(%27HC%27+adj+%27312633%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=v eja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27HC%27.clap.+e+@num=%27312633%27)+ou+(%27HC%27+adj+%27312633%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=v eja)>. Acesso em: 15 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Decisão monocrática que deferiu o pedido liminar para suspender a execução da medida socioeducativa. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 557506 - RJ (2020/0008583-0)**. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, Ministério Público Federal, Ministério Público do Estado do Rio De Janeiro, Tribunal De Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. 24 mar. 2020. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=107871597&numero_registro=202000085830&data=20200324&tipo=0>. Acesso em: 15 maio 2020.

CANÁRIO, Amanda Rangel; PEREIRA, Nivea da Silva Gonçalves. **A eficácia das medidas socioeducativas em meio aberto**. 2017. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/3/art20170308-10.pdf>>. Acesso em: 18 mai0 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 165, de 16 de novembro de 2012**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_165_16112012_25032019154350.pdf>. Acesso em: 14 maio 2020.

_____. **Panorama Nacional: A execução das medidas socioeducativas de internação**. Brasília: CNJ, 2012. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/panorama_nacional_doj_web.pdf>. Acesso em: 22 maio 2020.

_____. **Reentradas e reiterações infracionais: um olhar sobre os sistemas socioeducativo e prisional brasileiros**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/Panorama-das-Reentradas-no-Sistema-Socioeducativo.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2020.

DA SILVA, Luciana Ramos. As Medidas Socioeducativas no Ordenamento Jurídico Brasileiro: uma análise acerca de sua alternatividade às penas aplicáveis aos imputáveis. **Revista Transgressões**, v. 3, n. 2, p. 75-91, 23 out. 2015.

FULLER, Paulo Henrique Aranda; DEZEM, Guilherme Madeira; JÚNIOR NUNES, Flávio Martins Alves. **Estatuto da criança e do adolescente**: difusos e coletivos [livro eletrônico]. - 1 ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MOREIRA, Jacqueline de Oliveira; GUERRA, Andréa Maris Campos; DRAWIN, Carlos Roberto. Violência Juvenil e Medidas Socioeducativas: Revisão de Literatura, Brasília, 2017. **Psicologia: Teoria e Pesquisa**. v. 33, p. 01-09. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/ptp/v33/0102-3772-ptp-33-e3337.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2020.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

RIBEIRO, Cauê Bouzon Machado Freire. Medida socioeducativa de internação. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5253, 18 nov. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59390>>. Acesso em: 13 maio 2020.

RODAS, Sérgio. Medida socioeducativa só pode ser executada após o trânsito em julgado, diz STJ. **Revista Consultor Jurídico**. 26 mar. 2020. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-26/medida-socioeducativa-executada-transito-julgado>>. Acesso em 19 de maio 2020.

SECRETARIA NACIONAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL DO MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL. **Relatório da Pesquisa Nacional das Medidas Socioeducativas em Meio Aberto**

no Sistema Único de Assistência Social. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/relatorios/Medidas_Socioeducativas_em_Meio_Aberto.pdf>. Acesso em: 16 maio 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Para Sexta Turma, internação de adolescente não exige número mínimo de infrações. STJ. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2016/2016-10-06_07-46_Para-Sexta-Turma-internacao-de-adolescente-nao-exige-numero-minimo-de-infracoes.aspx>. Acesso em: 15 maio 2020.

SCISLESKI, Andrea Cristina Coelho; BRUNO, Bruna Soares; GALEANO, Giovana Barbieri; DOS SANTOS, Suyanne Nayara; DA SILVA, Jhon Lennon Caldeira. Medida Socioeducativa de Internação: Estratégia punitiva ou protetiva? **Psicol. Soc.** v. 27, nº 3. Belo Horizonte set./dez. 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822015000300505&lng=pt&tlng=pt>. Acesso em: 16 maio 2020.

O PAPEL DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA PROTEÇÃO CONTRA A PORNOGRAFIA INFANTIL: ARTIGO 241-C

THE ROLE OF THE CHILD AND ADOLESCENT STATUTE AGAINST CHILD PORNOGRAPHY: ARTICLE 241-C

*Laís Fusco Mendes*³⁷⁸

*Letícia de Oliveira Furigo*³⁷⁹

*Sandra Helena Favaretto*³⁸⁰

RESUMO

O presente artigo visa a discutir a proteção conferida pelo ECA contra a pornografia infantil, principalmente por meio dos artigos 240 a 241-E, questionando quais os bens jurídicos tutelados e qual a sua real efetividade. Tal análise é feita no contexto global de evolução constante das tecnologias e sua instrumentalização para a produção de pornografia de todos os gêneros, bem como considerando os recentes debates sobre a abordagem psicológica da pedofilia e da pornografia. Para tal, utilizamos o método de revisão bibliográfica, buscando

³⁷⁸ Graduanda em direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. E-mail: lais.fusco.mendes@usp.br.

³⁷⁹ Graduanda em direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. E-mail: leticia.furigo@usp.br.

³⁸⁰ Doutoranda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - FDUSP; Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo - FDRP; Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade de Ribeirão Preto - Unaerp; MBA em Direito Empresarial pela FUNDACE - USP; Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas - PUCCAMP; Membro do grupo de estudos GEDTRAB - USP. sandra.favaretto@usp.br

abordagens plurais sobre o tema, além de analisarmos a lei brasileira e como é aplicada.

Palavras-chaves: ECA; pornografia infantil; pedofilia; desenho; crianças e adolescentes.

ABSTRACT

This article aims to discuss the protection afforded by the ECA against child pornography, mainly through articles 240 to 241-E, questioning what are the legal assets protected and what is their real effectiveness. Such analysis is done in the global context of constant evolution of technologies and their instrumentalization for the production of pornography of all genres, as well as considering the recent debates on the psychological approach of pedophilia and pornography. To this end, we use the bibliographic review method, seeking plural approaches on the topic, besides analyzing Brazilian law and how it is applied.

Key-words: ECA; child pornography; pedophilia; cartoon; children and teenagers.

INTRODUÇÃO

No ordenamento brasileiro, as crianças e adolescentes têm garantida a proteção integral aos seus direitos, graças à Lei 8.069, publicada em 13 de julho de 1990, logo após a redemocratização do país, e transformou a visão que predominava sobre a infância. Não mais focando em “jovens infratores” como sujeitos que deveriam ser controlados, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) reconhece nos menores de idade uma vulnerabilidade e inocência que deve ser tutelada em todos os aspectos, especialmente na saúde, educação e família. A sexualidade é um desses aspectos, considerando os crimes elencados nos artigos 240 a 241-E. Em conexão com o Código Penal, que prevê o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A), o ECA

expandiu sua proteção através da Lei 11.829/08, publicada em 25 de novembro de 2018, coibindo uma série de condutas ligadas à produção, consumo e compartilhamento de pornografia infantil.

Simultaneamente à evolução da rigidez normativa, ocorre a evolução das formas de pornografia infantil, bem como as discussões relacionadas ao tema, alavancadas pelas novas tecnologias e velocidades da Internet. Além disso, o debate quanto à pedofilia ganha novos sujeitos, com a demanda de que essa condição receba abordagem médica e psicológica, e não meramente punitivista. Somam-se a isso os questionamentos sobre os efeitos da pornografia “tradicional” sob a construção da sexualidade, em âmbitos individual e coletivo, desde a sua aplicação terapêutica e saudável até seu caráter potencialmente compulsivo e riscos associados à violência sexual. Como consequência, faz-se necessário analisar se as normativas pré-existentes são suficientes na atualidade como resposta estatal na luta contra a violência sexual infantil, ou, ainda, se tal resposta mostra-se mais moralista do que efetiva.

Para isso, após contextualizar as discussões relacionadas à sexualidade e pornografia na Internet citadas anteriormente, apresentamos as normativas existentes a nível mundial e nacional em relação à pornografia infantil, e destrinchamos quais são os bens jurídicos efetivamente protegidos pelo artigos 240 a 241-E do ECA. Abordamos casos exemplificativos, bem como divergências doutrinárias acerca do tema, buscando delimitar quais as responsabilidades e limites do direito brasileiro na luta contra a violência sexual infantil, e se a proteção conferida pelo ECA é eficaz para o desenvolvimento saudável das crianças e adolescentes ou se é utilizada como instrumento para manutenção dos valores tradicionais considerados “moralmente corretos”.

1 PEDOFILIA NA INTERNET

O senso comum define “pedofilia” como sinônimo de violência sexual³⁸¹ contra crianças e adolescentes, e é recorrente o uso deste termo em manchetes relatando crimes dessa natureza (LOWENKRON, 2010). Contudo, de acordo com a Classificação Internacional de Doenças - CID-10 (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 1993), a pedofilia é um transtorno psiquiátrico de preferência sexual, ou seja, uma parafilia, na qual um adulto sente atração sexual intensa e persistente por crianças pré-púberes. Ainda, a CID-10 esclarece que a partir dos 16 anos um adolescente já pode ser diagnosticado com esse transtorno, se for ao menos 5 anos mais velho que a criança pela qual sente atração. Além disso, a Associação Americana de Psiquiatria (2013) acrescenta que esse interesse sexual deve ser recorrente por, no mínimo, 6 meses para que o diagnóstico seja feito corretamente. Ressalta-se que fatores genéticos, neurológicos ou ainda traumas na infância podem levar ao desenvolvimento desse transtorno (WALKER, 2017).

Nesse sentido, a conexão entre pedofilia e violência sexual infantil é superficial e perigosa, tendo em vista que nem todo paciente diagnosticado é agressor, e nem todo agressor foi diagnosticado com esse transtorno. Com o objetivo de erradicar os estigmas envolvendo este tema, popularizou-se nas redes sociais o termo “MAP - Minor Attracted Person” (Pessoa Atraída por Menores), que busca desconstruir a imagem de “monstro” consolidada ao redor da palavra “pedófilo”. Isso levou à expansão de uma comunidade online segura para aqueles que apresentam os sintomas desta parafilia

³⁸¹ Não utilizaremos o termo “abuso sexual infantil” pois concordamos com as críticas levantadas por FELIPE (2006).

identificarem-se como tais. Concomitantemente, essa iniciativa promoveu a perigosa aproximação entre MAPs e menores de idade, sem supervisão e no ambiente anônimo e acessível da Internet, bem como acentuou o risco de que a condição seja normalizada, ignorando seu caráter patológico. Por outro lado, incentivou que mais pacientes mostrassem-se dispostos a se identificar e participar de estudos científicos que permitissem um aprofundamento nas origens do transtorno.

Como consequência, essa nova abordagem propiciou conclusões mais científicas e questionamentos menos regidos pela moralidade: Cash (2016) investigou quais os efeitos dessa parafilia no bem estar dos pacientes; Cohen (2018) comparou MAPs com e sem histórico de violência sexual contra crianças, com o objetivo de descobrir quais os fatores em comum e quais são exclusivos dos agressores; e Walker (2017) investigou que mecanismos de resiliência são empregados por MAPs para conter seus próprios impulsos patológicos.

Destarte, percebe-se a tendência atual a interpretar a questão como um problema de saúde e a abandonar concepções tradicionais, focando em erradicar a violência sexual infantil.

2 PORNOGRAFIA INFANTIL E VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

A existência de pornografia precede a Internet, porém a facilidade de compartilhamento de arquivos fez do ambiente on-line um catalisador da distribuição de material pornográfico de todos os gêneros. Isso gerou, nos anos 2000, uma grande preocupação com relação à pornografia infantil online, em razão da rede de tráfico e exploração sexual de crianças e adolescentes que sustentava a

produção de imagens consumidas por “pedófilos”³⁸². O resultado foi a criminalização não só da criação de pornografia infantil, como também do armazenamento e compartilhamento desses arquivos.

Contudo, ao passo que a legislação evoluiu e tornou-se mais rígida, a pornografia tornou-se mais fluída e sua relação com a violência sexual mais obscura.

Para melhor contextualizar, o estudioso Demócrito Reinaldo Filho (2007) divide os níveis de pornografia infantil em três categorias. A primeira categoria baseia-se em crianças reais sendo abusadas, a mais antiga e difundida no conhecimento popular. Tal tipo de pornografia infantil é facilmente abrangida pelos artigos do ECA, não restando dúvida quanto a sua ilegalidade.

A segunda categoria é fabricada pela computação gráfica, em outras palavras, a pornografia envolve a figura do menor, mas não há sua participação de fato. Reinaldo Filho (2007) ainda afirma que entraria nessa ordem a simulação por adultos de aspectos infantilizados. Assim explica:

Essas “simulações fotográficas” caracterizadas pela utilização de imagens de pessoas com aspecto infantil, que não podem ser distinguidas (pelo menos sem o uso de recursos técnicos) de fotografias de cenas reais de crianças exploradas sexualmente, também são chamadas de “pseudo-pornografia” termo que é utilizado para definir todo tipo de montagem de imagem indecente criada por recursos computacionais

³⁸² “Além disso, devo lembrar que a pornografia infantil está relacionada a outras formas de abuso sexual da criança. De acordo com as conclusões do *Congresso Mundial contra a Exploração Sexual Comercial de Crianças*, realizado em Estocolmo em 1996, a prostituição infantil, a venda e o tráfico de crianças e a pornografia infantil estão intrinsecamente ligados. O tráfico com propósitos sexuais implica a prostituição como consequência, e esta é frequentemente combinada à produção de fotos, vídeos e outras formas de material sexual explícito envolvendo crianças.” (LANDINI, 2000 p.39-40)

(softwares de computação gráfica). (REINALDO FILHO, 2007)

Por fim, a terceira categoria resume-se a imagens de pornografia infantil sem a utilização de pessoas reais ou da “pseudopornografia”, mas animações e desenhos. Diferente da segunda categoria, nesta as imagens são facilmente distinguíveis da realidade (REINALDO FILHO, 2007).

Nesse sentido, nos estudos de Walker (2017) a pornografia infantil consumida por MAPs abrange conteúdo das três categorias, inclusive da “fantasy-style” (composta por desenhos e animações não-realistas). Assim, para determinar se a proibição deve ser estendida a esse gênero, deve-se analisar qual a relação entre pornografia infantil e violência sexual infantil.

Do ponto de vista tradicional, o consumo de pornografia infantil funciona como um incentivo ao comportamento patológico, aumentando o risco de que o consumidor se torne um agressor sexual. Em contrapartida, uma fração significativa da comunidade MAP considera o uso de pornografia, especialmente a “virtual”, como um mecanismo de abstenção, que auxilia no controle de impulsos e impede a ação violenta contra crianças para satisfação do desejo sexual. Ainda, alguns consideram o uso desse instrumento como algo “terapêutico”, ou que promove a “empatia” com as vítimas, o que, contrariando a visão conservadora, seria um incentivo à não-agressão (WALKER, 2017). Ressalta-se também que já foram publicados trabalhos cuja conclusão foi de que o consumo de pornografia infantil, isoladamente, não se configura como um fator de risco para agressões

sexuais em indivíduos sem condenações prévias (ENDRASS, 2009)³⁸³.

Não obstante, a pornografia infantil também é citada por MAPs como essencial para a descoberta da própria “sexualidade”, que de outro modo teria permanecido adormecida (CASH, 2016)³⁸⁴. Há relatos de MAPs que, ao buscarem pornografia “tradicional”, tiveram contato com pornografia infantil e não conseguiram mais se desvencilhar deste “desejo” recém-descoberto (JENKINS, 2001)³⁸⁵. Sob essa ótica, cabe ressaltar que Lopes (2013) aponta que a pornografia pode ser uma das primeiras e mais significativas fontes de informação sexual, de modo que o comportamento e as preferências sexuais são passíveis de serem influenciadas pelo consumo de material pornográfico, inclusiv de maneira problemática “enquanto componente da sexualidade impulsiva, compulsiva e aditiva” (LOPES, 2013, p.34). Outra consequência negativa possível é a crescente dessensibilização, a qual pode culminar no consumo de pornografia infantil mesmo por adultos não “pedófilos”, conforme

³⁸³ “The consumption of child pornography alone does not seem to represent a risk factor for committing hands-on sex offenses in the present sample – at least not in those subjects without prior convictions for hands-on sex offenses.” (ENDRASS, 2009.p.6)

³⁸⁴ “For others, coming across sexually explicit material depicting minors was a catalyst for their discovery. A variety of sexually explicit material was mentioned, including written stories of sex with minors, drawn Japanese comics of children having sex, and child pornography. For example: ‘When I came to have access to pornography during college, I soon realized that I was not excited by the adult women that I saw. Around 21 years of age, I discovered lolicon—sexualized cartoon drawings of children—and found that it was intensely arousing.’” (male, 31) (CASH, 2016 p.22)

³⁸⁵ “I remember one day I done a search for teen girls on the net, I expected to find girls of 18+, ye know the usual. But this one time I found a girl-love site,...it was wonderful. (...) If it wasn’t for the Internet I would have never known. I think as the Internet grows, more people will find out their sexual desires just as I did.’ Perhaps they will, but I do not propose to help them.” (JENKINS, 2001. p.23)

aponta a psicóloga Julie Newberry (2018), consultora na StopSO (Organização Especializada em Tratamento para Prevenção de Ofensas Sexuais).

Ademais, tendo em vista que o início da vida sexual no Brasil se dá, em média, durante a adolescência (BRASIL, 2009), deve-se considerar as possíveis consequências do acesso de crianças e adolescentes ao conteúdo da pornografia infantil virtual. Considerando-se o formato de *cartoon*, ou ainda avatares de jogos virtuais, comumente utilizados em produtos destinados ao público infantil, o acesso a esse conteúdo pode acontecer de maneira “acidental” e traz o risco não somente da sexualização precoce, como também da construção de uma sexualidade em que a relação entre crianças ou adolescentes e adultos seja normalizada. Essa normalização, por sua vez, periga deixar esses jovens ainda mais suscetíveis à situações de violência sexual, uma vez que não serão capazes de identificá-las nem discerni-las de relações sexuais saudáveis (entre adolescentes da mesma idade). Nesse sentido, Shihoko Fujiwara (2014), fundadora da ONG Lighthouse: Center for Human Trafficking Victims, fez um alerta em uma entrevista para a CNN ao citar um caso em que o agressor usou uma animação para convencer a vítima de que a violência sexual era “normal”³⁸⁶

Portanto, percebe-se que os efeitos da pornografia sobre a construção da sexualidade não são conhecidos em sua totalidade, porém sua capacidade de influência, tanto positiva quanto negativamente, é incontroversa. Assim, o debate não pode se restringir aos MAPs, uma vez que estes não são os únicos

³⁸⁶ “Shihoko Fujiwara runs Lighthouse, a nonprofit for exploited children. She told CNN she once worked on a case where a predator used a cartoon to convince a child that sex abuse was normal. “So the pedophiles might bring the animation and say 'this is how you practice with adults,'" she said. (CNN, 2014).

consumidores de conteúdo pornográfico, nem mesmo de pornografia infantil. O uso terapêutico de pornografia virtual pode revelar-se como um mecanismo importante no tratamento de pacientes com parafilias, porém a popularização desse material sem estudos suficientes sobre seus efeitos traduz-se num risco desconhecido para as crianças e adolescentes no Brasil.

Em seguida, propomos uma análise quanto à legislação brasileira e suas limitações para regulamentar a pornografia infantil.

3 PORNOGRAFIA INFANTIL NO ECA (ARTIGOS 240 A 241-E)

De acordo com o dicionário Michelis, “pornografia” pode ser definida como: “Qualquer coisa (arte, literatura, etc.) que vise explorar o sexo de maneira vulgar e obscena” (PORNOGRAFIA, 2015). Nesse contexto, percebe-se que embora a pornografia seja vista como algo imoral em sua própria definição, esta, no geral, não encontra impedimentos para existir no ordenamento jurídico brasileiro.

Entretanto, o cenário é outro quando há a presença de crianças e/ou adolescentes, a qual é repudiada pelo ECA. Para o presente trabalho, trazemos à discussão, especificamente, os artigos 240 a 241-E da referida lei, os quais criminalizam a produção e reprodução da pornografia envolvendo menores de 18 anos. Percebe-se, portanto, que tal legislação busca tutelar a própria criança e adolescente (GARCIA apud MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2017), assim como a integridade moral destes (SANTOS, 2015). Todavia, é preciso questionar se existe algo mais a ser tutelado nesse meio, especialmente com a velocidade que a tecnologia modifica-se em relação às leis.

Ante o apresentado, nota-se a necessidade de maiores estudos sobre o tema, tendo em vista as divergências entre profissionais do

direito sobre que caminho tomar diante de tais condutas. Num caso exemplificativo, um site de relacionamentos possuía desenhos de crianças/adolescentes em situações sexuais, fato que chegou ao conhecimento do Ministério Público Federal. A Procuradora da República Adriana Scordamaglia requereu pelo arquivamento do caso, afirmando que a interpretação dos artigos do ECA não era extensiva, assim, a “terceira geração de pornografia infantil” não seria considerada crime. Contudo, a MM^a Juíza Federal Mônica Aparecida Bonavina Camargo discordou, pois entendeu que “pornografia seria o que atinge o senso moral comum” (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2008). Diante dessa divergência, o caso seguiu seu caminho de acordo com o artigo 28 do Código de Processo Penal³⁸⁷, sendo decidido seu arquivamento pelos argumentos da *Parquet*.

Nota-se que a relevância da questão centrou-se na extensão da interpretação da lei, não a nocividade da conduta, pois esta não é legislada. Assim, a partir do que foi dito pela juíza no caso, é possível perceber que, talvez, o ECA não deva apenas tutelar a criança em si, mas também o senso moral comum, especialmente quando não se sabe os exatos reflexos da pornografia infantil da segunda e terceira categoria.

Vale analisar, ainda, se a pornografia infantil escrita encaixaria no tema, visto que mesmo sendo impossível ver a “cena de sexo explícito”, é possível imaginá-la. Da mesma forma que ocorre com a terceira categoria de pornografia infantil, alguns juristas divergem nessa questão. A procuradora Raquel Elias Ferreira Dodge posicionou-se no âmbito do processo: 1.34.001.000411/2011-12/SP

³⁸⁷ Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.

afirmando que contos eróticos com a presença de criança ou adolescente incluir-se-iam na tipicidade dos artigos do ECA; ademais, ressaltou que essa conduta seria contrária ao artigo 34 da Convenção de Direitos das Crianças de 1989³⁸⁸, da qual o Brasil é signatário. No entanto, a subprocuradora-geral da república Elizeta Maria de Paiva Ramos discordou, alegando que escrever esse tipo de conto não é tipificado na legislação, além do fato da leitura sempre causar uma interpretação individualizada, não uma única imagem a ser formada (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2011). Logo, demonstrou mais uma camada da complexidade do assunto quando adentramos ao patamar do que realmente precisa ser protegido.

4 PORNOGRAFIA INFANTIL NO ÂMBITO INTERNACIONAL

A tecnologia não apenas traz desafios, ao simular pornografia infantil sem de fato utilizar humanos, como também facilita o alastramento da conduta em âmbito internacional. Nesse contexto, o Comitê sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas pronuncia-se por meio do Protocolo Facultativo referente à venda de crianças, prostituição e pornografia, documento o qual o Brasil é signatário, ratificando seu conteúdo no Decreto 5.007, publicado em 8 de março de em 2004 (PLANALTO, 2004). No artigo

³⁸⁸ Art. 34: Os Estados Partes se comprometem a proteger a criança contra todas as formas de exploração e abuso sexual. Nesse sentido, os Estados Partes tomarão, em especial, todas as medidas de caráter nacional, bilateral e multilateral que sejam necessárias para impedir:

a) o incentivo ou a coação para que uma criança se dedique a qualquer atividade sexual ilegal;

segundo do Protocolo, a alínea “c”³⁸⁹ apresenta uma descrição de pornografia infantil, praticamente idêntica à prevista no ECA.

Entretanto, em 2019, percebendo o reflexo que a cultura da terceira categoria de pornografia infantil tem ocasionado na sociedade, o Comitê criou diretrizes para implementar o Protocolo. Naquelas, encontra-se o artigo 63, o qual explica a preocupação do Comitê com a grande quantidade de desenhos e representações virtuais que descrevem pornografia infantil mesmo sem utilizar crianças reais, além de pessoas que se configuram como crianças nessas situações, e como isso atinge os direitos das crianças à dignidade e à proteção³⁹⁰.

Desse modo, novamente é possível questionar o que realmente deve ser tutelado quando se proíbe a pornografia infantil e, a partir disso, descobrir exatamente qual o alcance da proibição para melhor garantir a segurança das crianças e adolescentes. O artigo 63 das Diretrizes ainda afirma a necessidade de seus signatários incluírem esse tipo de pornografia nas suas disposições legais.

Um dos países signatários do Protocolo e que enfrenta questões ligadas ao tema é o Japão. O país nipônico é altamente

³⁸⁹ Pornografia infantil significa qualquer representação, por qualquer meio, de uma criança envolvida em atividades sexuais explícitas reais ou simuladas, ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança para fins primordialmente sexuais.

³⁹⁰ 63. The Committee is deeply concerned about the large amount of online and offline material, including drawings and virtual representations, depicting non-existing children or persons appearing to be children involved in sexually explicit conduct, and about the serious effect that such material can have on children’s right to dignity and protection. The Committee encourages States parties to include in their legal provisions regarding child sexual abuse material (child pornography) representations of non-existing children or of persons appearing to be children, in particular when such representations are used as part of a process to sexually exploit children.

conhecido por seu entretenimento em animes (desenhos) e mangás (revista em quadrinho), os quais são divididos em diversos gêneros e gostos. Dentre esses, encontramos “Lolicon”, o qual tem sua etimologia advinda do clássico “Lolita” de Vladimir Nabokov (1955) e “Lolita Complex”, “termo japonês que representa a sexualização de meninas pré-púberes em mangás e animes” (FREESMAN; SLADE, 2018). Muitas vezes, as histórias contêm relacionamentos entre pessoas de gerações diferentes, assim como podem conter “extrema violência, estupro e incesto” (VARLEY, 2018).

Embora não exista estudo conclusivo na correlação da representação de pornografia infantil e efetivo abuso de crianças e adolescentes, o Japão enfrenta aumento de ambos, verificando o aumento de 20% de vítimas de abuso infantil entre 2011 e 2012 (HENRY; RIPLEY; WHITEMAN, 2014).

Nesse sentido, o Japão mudou, enfim, suas leis em 2014, proibindo posse de pornografia infantil, contudo, pornografia em mangás, animes e videogames não foram incluídos. Quanto ao assunto, o especialista Mio Bryce explica a complexidade do tema, pois o desenho de uma “menina fofa” pode ter sua idade interpretada de maneiras diferentes, podendo variar em até cinco anos, ressaltando, ainda, que quando a pornografia infantil ocorre em mangás, não há vítimas (HENRY; RIPLEY; WHITEMAN, 2014). Assim, mais uma vez, existindo a pergunta do que deve ser protegido com essa proibição, visto haver tantas margens de interpretação.

CONCLUSÃO

Como dito na introdução, o presente artigo buscou uma reflexão sobre qual é, realmente, o bem tutelado quando o assunto é pornografia infantil. A discussão é ampla e não envolve somente os

consumidores desse conteúdo ou as vítimas, mas toda a sociedade. Desde a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente até os dias atuais, nota-se como a tecnologia transformou em obsoleta a legislação desse tema. Nada mais fica entre quatro paredes, tudo que é postado online, com abrangência mundial, chegando até o ponto de existir, como demonstrado, os MAPs, grupo de pessoas que se encontraram por meio da internet e estão normalizando esse tipo de “sexualidade” sem que as autoridades façam nada a respeito. Não há um julgamento de valor sobre se é correto ou não, mas é indiscutível que o Poder Público, um dos responsáveis pela proteção integral de crianças e adolescentes, deve voltar sua atenção ao tema.

A terceira categoria de pornografia infantil, conforme explicitado, aparece como um complicador da questão, pois coloca-se numa “zona cinza” da interpretação legislativa, o que foi demonstrado pelas divergências dos aplicadores do direito. Por um lado, esse tipo de pornografia não se utiliza de humanos reais, existindo inclusive o argumento de que isso seria o bastante para satisfazer os impulsos dos MAPs e impedi-los de praticar crimes, como o estupro ou armazenar pornografia de crianças reais. Por outro, não se sabe qual a extensão de danos gerado por esse tipo de pornografia, além de questionar-se a possibilidade de resultar na normalização de sua audiência, alcançando, acidentalmente ou não, crianças e adolescentes.

Assim, como explicado, entes internacionais começam a mobilizar-se sobre o assunto, mesmo que nem todos os países concordem. É indubitável que criminalizar a terceira categoria de pornografia infantil não seria uma tarefa fácil. Determinar a idade de personagens de desenhos por sua aparência reside no âmbito interpretativo, o que tangencia a liberdade de expressão que não pode, simplesmente, ser ignorada (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL,

2017) e ainda é preciso entender qual bem jurídico está sendo protegido.

Protegemos as crianças e adolescentes? Sua imagem? Sua dignidade? Ou como a infância deve acontecer? Existem muitas questões que merecem maior aprofundamento para serem respondidas, e que extravasam o objetivo deste estudo. Crimes desse gênero vem fortemente acompanhados por julgamentos morais, o que dificulta discussões num ponto de vista prático, a exemplo de Lolita, que é considerado um clássico por muitos, mesmo exibindo uma história de violação sexual infantil, porém são completamente rechaçados (MCLELLAND, 2018) quando reproduzido similarmente em mangás. Tais situações atestam a seletividade que existe com o tema.

Por fim, como explicado, ainda há muitas questões e poucas respostas sobre como a lei pode impedir que pornografia infantil, assim como violação sexual de menores, continuem acontecendo. Entretanto, numa sociedade que cultua mulheres de aparência juvenil, inocentes, virgens e sem pêlos como auge de padrão de beleza, é inconteste que esse assunto precisa ser urgentemente discutido fora do perfil tradicional que o rodeia há anos.

REFERÊNCIAS:

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders**, 5 ed. Arlington, VA, 2013.

BRASIL. Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 dez. 1940. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 14 jun. 2020.

_____. Decreto n° 5.007, de 8 de março de 2004. Promulga o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 8 mar. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5007.htm>. Acesso em: 14 jun. 2020.

_____. Decreto n° 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre Direitos da Criança. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 nov. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 14 jun. 2020.

_____. Lei n° 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 14 jun. 2020.

_____. Ministério da Saúde. **Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde da Criança e da Mulher - PNDS 2006** : dimensões do processo reprodutivo e da saúde da criança. Brasília: Ministério da Saúde; 2009.

CARVALHO, Tassia Puga Cardoso Brabo de. **Pornografia Infantil: o Bem Jurídico em Questão**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de Coimbra, 2014.

CASH, Brian. **Self-identifications, sexual development, and wellbeing in minor-attracted people**: An exploratory study, 2016.

COHEN, Lisa et al. Comparison of self-identified minor-attracted persons who have and have not successfully refrained from sexual

activity with children. **Journal of sex & marital therapy**, v. 44, n. 3, p. 217-230, 2018.

DE SOUZA, Arielle das Dores; DE SOUZA, Michelle Marie. **Pedofilia na Internet: e o Estatuto da Criança e do Adolescente**, 2018.

ENDRASS, Jérôme et al. The consumption of Internet child pornography and violent and sex offending. **BmC Psychiatry**, v. 9, n. 1, p. 43, 2009.

FELIPE, Jane. Afinal, quem é mesmo pedófilo?. **Cadernos Pagu**, n. 26, p. 201-223, 2006.

FREEDMAN, Alisa; SLADE, Toby. **Introducing Japanese Popular Culture**. 1. ed. Londres: Routledge, 2018.

GP, Luiz. ONU: Conteúdos Loli e Shota poderão ser enquadrados como pornografia infantil. **AnimeX**, 2019. Disponível em: <<https://www.animexis.com.br/2019/02/19/onu-conteudos-loli-e-shota-poderao-ser-e-nquadrados-como-pornografia-infantil/>>. Acesso em: 14 jun. 2020.

HENRY, Edmund; Ripley Will; Whiteman, Hilary. Sexually explicit Japan manga evades new laws on child pornography. **CNN**, 2014. Disponível em: <<https://edition.cnn.com/2014/06/18/world/asia/japan-manga-anime-pornography/index.html>>. Acesso em: 14 jun. 2020.

JENKINS, Philip et al. **Beyond tolerance: Child pornography on the Internet**. NYU Press, 2001.

LANDINI, Tatiana Savoia. Pornografia infantil na Internet: violência sexual ou pornografia?. **Plural-Revista de Ciências Sociais**, v. 7, p. 39-60, 2000.

LOPES, Ana Sofia Semedo Pereira. **Consumo de pornografia na internet, avaliação das atitudes face à sexualidade e crenças sobre a violência sexual**. Tese (Doutorado em Psicologia) - Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2013.

LOWENKRON, Laura. Abuso sexual infantil, exploração sexual de crianças, pedofilia: diferentes nomes, diferentes problemas?. **Sexualidad, Salud y Sociedad** - **Revista Latinoamericana**. v. 5 2010, 9-29. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293323015002>>. Acesso em: 14 jun. 2020.

_____. A cruzada antipedofilia e a criminalização das fantasias sexuais. **Sexualidad, Salud y Sociedad (Rio de Janeiro)**, n. 15, p. 37-61, 2013.

MCLELLAND, Mark. **The End of Cool Japan: Ethical, Legal, and Cultural Challenges to Japanese Popular Culture**. 1 ed. Londres: Routledge, 2018.

MENDES, Bianca Berdine Martins. **A criminalização da pornografia infantil simulada no ordenamento jurídico brasileiro**. 2014.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. **Ata da 532ª Sessão de Revisão**, 2011. p. 1-2

_____. **Liberdade de expressão artística em face da proteção de crianças e adolescentes**, NOTA TÉCNICA n° 11/2017/PFDC/MPF. Brasília, 2017.

_____. **Processo MPF nº 1.00.000.004367/2008-11**. Relator Subprocurador-Geral da República Wagner Gonçalves. São Paulo, 2008.

MOREIRA, Vivian Lemes; ROMÃO, Lucília Maria Sousa. Discursos em Movimento: considerações sobre a pedofilia e pornografia infantil na rede. **Psico**, v. 43, n. 4, p. 5, 2012.

NABOKOV, Vladimir. **Lolita**. Alfaguara, 1955.

NEWBERRY, Julie. Viewing Child Abuse Images: Paedophile or Addicted to Porn? **Psychreg**. 2018. Disponível em <<https://www.psychreg.org/paedophile-addicted-porn/>> Acesso em: 16 jun. 2020.

OHCHR. **Guidelines regarding the implementation of the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography**, 2019. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/CRC.C.156_O_PSC%20Guidelines.pdf>, Acesso em: 14 jun. 2020.

PORNOGRAFIA. In: **MICHAELIS**: Dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 2015. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/pornografia>>. Acesso em: 14 jun. 2020.

REINALDO FILHO, Demócrito. A pornografia infantil virtual e as dificuldades jurídicas para combatê-la – o caso do second life. **Boletim Jurídico**, 2007. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-e-internet/1830/a-pornografia-infantil-virtual-as-dificuldades-juridicas-combate-la-caso-second-life>>. Acesso em: 14 jun. 2020.

SANTOS, Maurício Januzzi. Estatuto da Criança e do Adolescente - Comentários do ECA sobre a Lei 11.829/08. **Conteúdo Jurídico**, 2015. Disponível em:

<<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/44365/estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-comentarios-do-eca-sobre-a-lei-n-11-829-08#:~:text=241%2C%20di>

[sp%C3%B5e%20que%3A%20Vender%20ou,%20anos%2C%20e%20multa.%E2%80%9D](https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/44365/estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-comentarios-do-eca-sobre-a-lei-n-11-829-08#:~:text=241%2C%20di)>. Acesso em: 14 jun. 2020.

VARLEY, Ciaran. Is Japan turning a blind eye to paedophilia. **BBC**, 2018. Disponível em:

<<https://www.bbc.co.uk/bbcthree/article/57eaaf23-0cef-48c8-961f-41f2563b38aa>>. Acesso em: 14 jun. 2020.

WALKER, Allyson. **Understanding resilience strategies among minor-attracted individuals**. 2017.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems. 10th Revision (ICD-10) Version for 2010. **ICD-10**. Disponível em:

<<https://cdn.website-editor.net/30f11123991548a0af708722d458e476/files/uploaded/DSM%2520V.pdf>>. Acesso em: 14 maio 2020.

GRÁVIDAS ENCARCERADAS E O IMPACTO AOS DIREITOS DOS “FILHOS DO CÁRCERE”

IMPRISONED PREGNANT WOMEN AND THE IMPACT OF THE RIGHTS OF CHILDREN IN PRISON

*Angélica Rosa Fakhouri*³⁹¹

*Izabela da Silva*³⁹²

*Sandra Helena Favaretto*³⁹³

RESUMO

No Brasil, a situação carcerária precária e violadora de direitos humanos é incontroversa na rotina dos detentos. Essa realidade é estendida, por vezes em até maior grau, às mulheres presas que, além de todo o sofrimento diariamente enfrentado, precisam lidar também com a gravidez nas prisões. Utilizando como base tal panorama, o presente trabalho busca expor a realidade das grávidas encarceradas, as garantias legais que possuem e as violações ocorridas. Finda a primeira parte, no mesmo sentido, serão expostos os direitos e respectivas violações legais dos chamados “filhos do cárcere”, à luz

³⁹¹ Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – FDRP/USP. E-mail: angelicafak@gmail.com.

³⁹² Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – FDRP/USP. E-mail: izabela2.silva@usp.br

³⁹³ Doutoranda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - FDUSP; Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo - FDRP; Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade de Ribeirão Preto - Unaerp; MBA em Direito Empresarial pela FUNDACE - USP; Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas - PUCCAMP; Membro do grupo de estudos GEDTRAB - USP. sandra.favaretto@usp.br

do Estatuto da Criança e do Adolescente. Para isso, será realizada análise a partir de material bibliográfico, legal e jurisprudencial a respeito do tema.

Palavras-chave: Grávidas encarceradas. Violações legais. Filhos do cárcere. ECA.

ABSTRACT

In Brazil, the precarious prison situation that violates human rights is uncontroversial in the inmate's routine. This reality is extended, sometimes to an even greater degree, to women prisoners who, in addition to all the daily suffering they face, must also deal with pregnancy in prisons. Using this panorama as a base, the present work seeks to expose the reality of incarcerated pregnant women, the legal guarantees they have and the violations that have occurred. At the end of the first part, in the same sense, the rights and respective legal violations of the so-called "children in prison" will be exposed, in the light of the *Estatuto da Criança e do Adolescente*. For this, an analysis will be carried out using bibliographic, legal and jurisprudential material on the subject.

Key-words: Imprisoned pregnant women. Legal violations. Children in prison.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca inicialmente realizar um breve levantamento da superlotação nos presídios brasileiros, mais especificamente nos presídios femininos e as violações de direitos que ocorrem nessas instituições. Essa situação levou o Supremo Tribunal Federal a declarar, recentemente, os presídios brasileiros como um "estado de coisas inconstitucional", por sua constante e repetida afronta aos princípios constitucionais de dignidade da pessoa humana.

A conjuntura que se busca demonstrar, para além das violações das encarceradas, é a das gestantes que se encontram dentro do sistema prisional e a conseqüente extensão da pena para os filhos que nascem dentro do cárcere. São crianças que, desde os primeiros instantes de vida, possuem diversos direitos violados, como de liberdade, dignidade da pessoa humana, além de uma boa alimentação, educação e cuidados pessoais, que são negados a todos dentro dos presídios.

Partindo de um levantamento dos institutos legais nacionais e internacionais que buscam garantir uma vida digna aos encarcerados, e uma análise do comportamento dos poderes executivo e judiciário frente ao problema, fica evidente que, mesmo as encarceradas e seus filhos sendo titulares de diversos direitos, estes em verdade lhes são negados.

A relevância da matéria emerge nesse cenário para a busca soluções. Tanto para as gestantes, que necessitam de cuidados especiais durante todo o pré-natal, parto, pós-parto e amamentação, quanto para os menores que nascerão nesse ambiente e terão violados, também, vários de seus direitos, garantidos principalmente pelo ECA.

O enfrentamento do problema, em que pese tratar-se de situação que se estende ao longo de muitos anos, só foi recentemente objeto de decisão do Poder Judiciário. Em 2015, ao reconhecer as violações de direitos dentro do sistema prisional em ADPF (ação de descumprimento de preceitos fundamentais). Ainda, mais recentemente em 2018, em *habeas corpus* coletivo julgado pelo STF, que, apesar de inovador, apenas fez valer dispositivos do Código de Processo Penal e Lei de Execuções Penais para garantir liberdade provisória às mães.

Ante a resistência no confronto a essa situação, vislumbra-se em sede de conclusão do presente estudo, que a solução para que os direitos das mulheres presas e dos filhos que nascem nos presídios

sejam garantidos, é necessário muito mais do que as recentes decisões do judiciário. Deve haver um afrontamento a todo sistema prisional, envolvendo todos os agentes públicos responsáveis por esse sistema, além de todos os Poderes, que precisam criar disposições legais de proteção.

1 APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA

O encarceramento no Brasil há muito é fortemente estudado e criticado por diversos motivos como superlotação, encarceramento em massa, criminalização, desrespeito aos direitos humanos, entre outros. No entanto, um infortúnio ainda maior apresenta-se quando o encarceramento é compulsório para aqueles que não praticaram qualquer delito, em desrespeito ao princípio constitucional de individualização da pena.

Os chamados “filhos do cárcere” são aqueles cujas mães são mulheres encarceradas em um sistema penitenciário impróprio e que são privados de sua liberdade logo nos primeiros dias de vida. Para compreender melhor tal situação, entretanto, é necessário avaliar quem são as mães encarceradas e quais as condições dos presídios femininos quando se trata de maternidade.

Jovem, de baixa escolaridade, proveniente dos extratos sociais mais desfavorecidos economicamente, responsável pelo sustento da família, exercendo atividade informal e, em geral, mãe (BRASIL, 2014). É este o perfil traçado das mulheres encarceradas nos presídios brasileiros.

Em pesquisa realizada pelo Ministério da Justiça, ainda, há o levantamento de que a grande maioria dessas mulheres são presas por tráfico de drogas, sem envolvimento com organizações criminosas, ocupando prioritariamente posição coadjuvante no crime, como

serviços de transporte de drogas e pequeno comércio, sendo muitas apenas usuárias (BRASIL, 2014).

O problema passa por diversas fases, inicialmente, durante a gestação, não há qualquer assistência médica e psicológica para a gestante, falta de esclarecimento este que se perpetua por todo o processo. Após, há uma grande dificuldade em que a detenta seja levada para unidades hospitalares ao momento do parto, existindo relatos de mães que perderam os filhos nesse processo (CNJ, 2018).

Em seguida há um total despreparo da equipe médica para lidar com a situação especial de uma detenta, bem como esta raramente é acompanhada por familiares ou o pai da criança, por falta de respaldo da equipe carcerária em médica em avisar aos acompanhantes. Posteriormente, há o transporte da criança para a unidade prisional para que permaneça com a mãe ao menos pelo tempo de amamentação (MATOS, et. al., 2019). Tudo isso em condições extremamente precárias de higiene pessoal e salubridade.

O que se observa é uma total falta de preparo das unidades prisionais em lidarem com essa situação, principalmente de recém-nascidos e crianças que, nas palavras Rosângela Peixoto Santa Rita (2007, p. 12), são presas “por tabela”.

2 A REALIDADE DAS MULHERES GRÁVIDAS ENCARCERADAS

De acordo com levantamento do CNJ (2018) divulgado em janeiro de 2018, 662 mulheres estão grávidas ou amamentando no cárcere. A pesquisa levantou ainda que as condições em que estas estão exercendo a maternidade ou mesmo vivenciando a gravidez são de falta de assistência médica adequada e condições de saúde precárias. É ainda evidenciado que o tratamento às lactantes, bebês e

gestantes não é acompanhado por ginecologistas e obstetras, tanto no pré-natal quanto no pós parto.

Não bastasse as violações de direito sofridas pelo gênero feminino inclusive fora das instituições prisionais, é neste ambiente que a realidade mostra-se mais agravada. Por mais que haja um esforço legislativo em criar condições dentro do sistema prisional para que essas detentas e seus filhos tenham um bom desenvolvimento, a realidade vivida dentro do cárcere tem mostrando-se uma grande violadora de direitos humanos.

Trata-se de um dever do Estado de garantir bem-estar social às mães que estão no cárcere, bem como aos recém nascidos que lá devem ficar nos primeiros meses de vida. O dever de bem-estar estende-se para além de suporte social e condições mínimas de dignidade, mas principalmente nesses casos, deve haver atenção especial à nutrição, higiene e saúde.

2.1 As garantias legais

O sistema carcerário brasileiro é inteiramente regulado por meio de legislações e da própria Constituição Federal para atender às necessidades da pessoa humana, manter sua dignidade, com o devido acesso à saúde.

Com a Constituição Federal de 1988, principalmente devido à influencias garantistas de direitos fundamentais que perpetravam todas as legislações à época, está garantido a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado brasileiro.

Ainda, o art. 5, inciso XLVIII garante que “*a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado*” e o inciso L “*às presidiárias*

serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”.

O inciso XLIX do mesmo artigo também prevê: “*é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral*”.

Em complemento às disposições constitucionais, a fim de dar-lhes executoriedade, a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) que prevê diversos dispositivos aptos à garantir os direitos fundamentais dos presos, dando especial atenção à condições de presidiárias grávidas, traz, ainda, uma série de provisões nesse sentido.

Na referida lei há previsão, no art. 14, §3º, que “*será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido*”. Ainda, prevê que as instituições devem contar com berçário em sua estrutura para que as mulheres possam amamentar e conviver com seus filhos pequenos até, no mínimo, seis meses de idade (art. 83, §2º). E garante, também, uma seção especial para as gestantes e parturientes, com creche para abrigar crianças de 6 meses até 7 anos de idade (art. 89).

Não bastando o ordenamento pátrio, há diversos tratados e acordos internacionais dos quais o Brasil é signatário que se preocupam em garantir direitos mínimos aos presos. Dentre eles, cumpre destacar as chamadas Regras de Bangkok (BRASIL, 2016), redigidas em 2010 pela ONU, configurando são diretrizes que trazem medidas a serem adotadas no tratamento de mulheres grávidas, com filhos lactantes. É previsto que haja instalações especiais, além de que sejam tomadas medidas para que o parto seja realizado em hospital. Sobre o tratamento do filho da presa, as diretrizes apontam que crianças na prisão não podem ser tratadas como presas e devem passar o maior tempo possível na companhia de suas mães.

O que ocorre na realidade das mulheres presas, entretanto, diverge em muito das legislações que lhe deveriam ser aplicadas. As

mães muitas vezes não têm sequer chances de falar em seus processos, acabam tendo seus filhos levados para abrigos, sem qualquer aviso prévio (BRASIL, 2015, p. 65).

Além disso, as detentas demonstram diversas preocupações quanto à falta de contato com os filhos, medo de abandono e de que os laços não sejam criados, possuem medo do esquecimento ou que seja perdida a referência materna (GUEDES, 2006, p. 564).

2.2 Condições do sistema penitenciário feminino nacional

Não diferentemente do que ocorre no sistema prisional masculino, a superlotação é um dos grandes desafios carcerários brasileiros. Apesar da constante busca em esconder e não revelar tais dados, pesquisas mostram “*O número de detidas em presídios femininos no Brasil aumentou oito vezes em 17 anos. Em 2000, eram 5.601 mulheres no cárcere. Ao final de 2016, eram 44.721, segundo o Ministério da Justiça*” (PASTORAL CARCERÁRIA, 2017).

Encarcerar seres humanos dessa forma, em locais inapropriados, com celas infestadas por diversas doenças e animais, em ambiente por si só totalmente violento e insalubre, remete-nos aos sistemas punitivos cruéis e desumanos que existiam antes das prisões e que foram abolidos pelas exatas razões de possuírem características incompatíveis com os direitos humanos.

Não há qualquer possibilidade de respeito da dignidade humana e de condições razoáveis de salubridade dentro do sistema prisional, de forma que os direitos que são retirados do preso vão muito além do que o direito de liberdade. Resta evidente que a superlotação leva o indivíduo à privação de exercer plenamente as necessidades básicas do corpo humano, como sono, higiene e alimentação.

As condições de tais presídios já foram inclusive reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal. Em decisão da ADPF 347 (2015), o Ministro Marco Aurélio indica:

No sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física, instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontra sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se ‘lixo digno do pior tratamento possível’, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre.

Na ação supramencionada, o Poder Judiciário determinou, já em sede de liminar, que o Poder Executivo fosse proibido de contingenciar valores disponíveis no FUNPEN (Fundo Penitenciário Nacional), a fim de que os referidos valores sejam efetivamente utilizados para melhorias no sistema penitenciário. Determinou-se que os juízes e Tribunais passassem a realizar audiências de custódia para viabilizar o comparecimento dos presos perante a autoridade judiciária.

Foi pedido, ainda, que sejam realizados os chamados “mutirões carcerários”, ou seja, revisão de todos os processos de execução criminal em que estejam imputadas penas privativas.

Essa ação reconheceu o chamado “estado de coisas inconstitucionais” que é o sistema penitenciário brasileiro. Através dessa definição, o Poder Judiciário, na omissão dos Poderes Legislativo e Executivo tomou medidas impositivas a fim de que tais poderes adotem medidas efetivas para desconstituir a atual situação dos presídios.

O cenário, entretanto, torna-se ainda mais grave e alarmante quando os filhos nascem, porque todas as dificuldades do encarceramento, sua violação de direitos e seu ambiente inóspito são transferidos à terceiro, criando uma condenação extensiva.

Em última análise, o que se tem observado são algumas medidas tímidas do Judiciário e Executivo a fim de buscar dar efetividade à garantia de direitos das presidiárias. O partido político PSOL, quando do ajuizamento da APDF nº 347, assim entendeu a necessidade de impetração da referida ação:

Não há cenário fático mais incompatível com a Constituição do que o sistema prisional brasileiro. O problema é sistêmico e decorre de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos estados e do Distrito Federal. A gravidade do quadro e a inapetência dos poderes políticos, da burocracia estatal e das demais instâncias jurisdicionais para enfrentá-lo evidenciam a necessidade de intervenção do STF.

A repetida omissão de todos os poderes no enfrentamento do encarceramento violador de direitos deriva do fato de que deve ser implantado um conjunto de políticas públicas aptas à reformar o sistema. De acordo com os argumentos do PSOL (BRASIL, 2015), haveria omissão do Executivo principalmente com o contingenciamento de recursos que deveriam pela sua própria constituição serem repassados para o sistema penitenciário (FUNPEN). Tais recursos seriam utilizados para abertura de novas vagas, além de melhoras nos programas de assistência social, acesso à jurisdição pelos encarcerados e ressocialização.

Quanto ao Poder Judiciário, não há observância dos dispositivos legais quanto à audiência de custódia, revisão da pena e do processo, decisões que não são verdadeiramente fundamentadas e

motivadas, falta de aplicação de medidas alternativas à prisão. E ainda, o Poder Legislativo, enquanto fortemente influenciado pela opinião pública, estabelece políticas criminais insensíveis.

Inicialmente, após diversas reportagens e denúncias de detentas grávidas que estavam sendo obrigadas a realizar o parto de algemas, foi sancionada, em 12 de abril 2017, a Lei 13.434. O diploma legal proíbe que as mulheres grávidas sejam algemadas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante o período de puerpério imediato.

Cumprе ressaltar que, antes da entrada em vigência da referida lei, o uso de algemas para os encarcerados em geral era “regulado” pela Súmula Vinculante nº 11, eis que não havia legislação sobre o tema. Segundo o dispositivo, só era permitido caso demonstrassem resistência, ou houvesse um fundado receio de fuga (BRASIL, 2008).

Isso demonstra o grande descaso e verdadeira violência obstétrica que as mulheres presas passavam ao entrar em trabalho de parto. Não bastando todo o sofrimento trazido pela própria situação de cárcere e todos os direitos que já são violados por esse motivo (como o da liberdade, inerente ao encarceramento), muitas detentas testemunham ter sofrido grandes preconceitos no momento do parto, que passa a ser institucionalizado com a manutenção das algemas durante esse momento.

Em outra manifestação do judiciário, em ação de *habeas corpus* coletivo (HC 143641/2018), o Ministro Ricardo Lewandowski (BRASIL, 2018) concedeu às presas provisórias o direito de cumprir a pena em prisão domiciliar. Indica em sua decisão que os danos do nascimento nas condições de encarceramento seriam graves para o nascituro, que sofre desde logo as consequências da pena, sendo que sua mãe não havia sido sequer condenada pelo crime.

Na referida ação, que, frisa-se, trata-se de julgado recente de 2018, ressaltaram os impetrantes do HC “*o caráter sistemático das violações, no âmbito da prisão cautelar a que estão sujeitas as gestantes e mães de crianças, em razão de falhas estruturais de acesso à Justiça, consubstanciadas em obstáculos econômicos, sociais e culturais*” (BRASIL, 2018, p. 05).

O Ministro relator ainda afirma (BRASIL, 2018, p. 23):

(...) uma falha estrutural que agrava a “cultura do encarceramento”, vigente entre nós, a qual se revela pela imposição exagerada de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis. Tal decorre, como já aventado por diversos analistas dessa problemática seja por um proceder mecânico, automatizado, de certos magistrados, assoberbados pelo excesso de trabalho, seja por uma interpretação acrítica, matizada por um ultrapassado viés punitivista da legislação penal e processual penal, cujo resultado leva a situações que ferem a dignidade humana de gestantes e mães submetidas a uma situação carcerária degradante, com evidentes prejuízos para as respectivas crianças.

No mais, o Ministro, na mesma oportunidade, indica que nem a Constituição Federal ou os dispositivos infraconstitucionais, como a Lei de Execução Penal têm sido respeitados pelas autoridades responsáveis pelo sistema prisional (BRASIL, 2015, p. 29). Isso porque as presas são sujeitas a situações extremamente degradante, “*não sendo raros partos em celas, corredores ou nos pátios das prisões, se contar os abusos no ambiente hospitalar, o isolamento, a ociosidade, o afastamento abrupto de mães e filhos, a manutenção das crianças em celas, dentre outras atrocidades*” (grifo nosso).

Em estudo realizado pelo IPEA e mencionado no presente HC (2018, p. 32), foi ainda reconhecido que a dicotomia existente entre manter a criança dentro do cárcere ou separá-la da mãe já os primeiros

dias de vida, trata-se em verdade, de uma “*falso paradoxo*”, eis que o próprio ordenamento traz a solução: prisão domiciliar. Ressalta ainda que essa solução é enfrentada eis que “*choca a cultura do encarceramento e a priorização do ‘combate ao crime’ presente nos discursos e práticas do sistema de justiça*”.

De forma complementar, o comportamento opressivo e as violações de direitos às quais passam as gestantes e mães, também se direcionam aos seus filhos, em afronta direta à princípios constitucionais de proteção suprema à criança e sua prioridade absoluta. As violações sofridas pela criança nessa fase de desenvolvimento, podem afetar todo seu crescimento saudável e capacidade de estabelecer relações sociais.

O que se verifica do acima exposto, portanto, é que os filhos das mulheres em situação de cárcere têm seus direitos de liberdade violados desde o primeiro dia de vida. Não se vislumbra sequer qualquer tentativa do Estado em colocar em vigor as legislações vigentes a fim de garantir dignidade às presas.

Nas palavras de Daniele Viafore (2005) sobre o tema:

As apenas grávidas, em que pese estarem sendo punidas por um ato ilícito que cometeram, não podem ser mais uma vez castigadas pela escassa assistência médica, isto é, em algo que ultrapasse a sua sentença condenatória. Ademais, o feto é o principal prejudicado pela ausência de assistência médica adequada neste período. A saúde é um direito de todos, independente de quem seja, e é deve do Estado prestar esse atendimento com a maior dignidade humana possível.

O sistema brasileiro, embora bem equipado legalmente, não têm cumprido seus objetivos. Não há possibilidade de reabilitação e ressocialização da mulher encarcerada, que têm a todo instante seus direitos, como a dignidade da pessoa humana, violados pelo próprio

Estado. Observa-se, acima de tudo, que a prisão tem servido como instrumento para manutenção da estrutura social de dominação (MIRABETE, 2002).

É por esses motivos que todo o processo de gestação, parto e pós parto torna-se excessivamente penoso, porque vê-se em verdade o total descumprimento do princípio constitucional de pessoalidade da pena. As crianças que nascem passam a conviver nesses locais completamente impróprios, já que os estabelecimentos que possuem locais adequados para acolhimentos dos bebês e das parturientes são ínfimos.

Como expuseram Pereira e Noronha (2014, p. 17):

Estas mães, que acabaram delinquindo, no mais das vezes, por serem oriundas de estratos mais baixos da população, tendo suas chances de desenvolvimento econômico-social reduzidas, além de sofrerem por este primeiro “descaso” estatal, acabam sofrendo, novamente, uma intervenção impensada, que desmorona suas famílias e traz seus filhos ao encontro de um sistema opressor e segregatório. Dessa maneira, ao impor a pena restritiva de liberdade, o Estado “cria” um novo problema: a institucionalização dessas crianças, bem como a falta de suporte para que estas se mantenham longe das mães.

Sem entrar na discussão sobre estarem ou não as prisões obsoletas, é incontestável que esses estabelecimentos devem ser reservados para aqueles que apresentam uma ameaça grave à sociedade. As detentas grávidas na grande maioria das vezes, não fazem parte dessa minoria da população. Ainda assim, caso apresentassem ameaça maior, seria imprescindível permanecerem recolhidas em um ambiente adequado.

Ao contrário, acabam permanecendo em um ambiente envolto pela distância da família, falta de apoio emocional, desinformação

sobre a maternidade e inexecutabilidade para tomar decisões acerca da sua saúde. Ficando reprimidas às condutas do ambiente, são imensuráveis os prejuízos para a mãe e pra a criança.

Ainda no tocante ao HC coletivo supramencionado, julgado em 2018 pelo STF, foi informado pelos impetrantes que:

Acrescentaram que, segundo dados oficiais, faltam berçários e centros materno-infantis e que, em razão disso, as crianças se ressentem de falta de condições propícias para seu desenvolvimento, o que não só afeta sua capacidade de aprendizagem e de socialização, como também vulnera gravemente seus direitos constitucionais, convencionais e legais.

Ao que se observa, portanto, as violações no sistema carcerário, que se intensificam fortemente quando se trata de gestantes e mães, perpassa o sistema prisional e atinge os menores que nascem e vivem o início de sua vida dentro do cárcere de forma muito significativa. Os danos à essas crianças são incalculáveis e levam a um ciclo inevitável de violação de direitos, falta de estruturas, de alimentação, educação, esporte, lazer, entre outros, que lhes são garantidos legalmente.

3 O IMPACTO AOS DIREITOS DOS MENORES

Por todo o exposto no capítulo anterior, é certo auferir que a realidade das mulheres grávidas encarceradas é distante da utopia, que seria a completa preservação dos direitos humanos. Ainda, de forma a agravar o cenário vivenciado, a violação dos direitos e garantias legais não se restringem apenas a essas mulheres mas, também, às crianças geradas no ambiente hostil do cárcere.

Como já pontuado, o Brasil é munido de leis, decisões e acordos garantidores de uma gravidez, pós-parto e amamentação

minimamente adequados às grávidas encarceradas e, conseqüentemente, aos seus filhos. Entretanto, as violações decorrem em razão da própria característica marginal dessa população, que sofre de abandono Estatal.

O item 02 da Regra 02 das Regras de Bangkok (BRASIL, 2016) exemplifica a discrepância entre a realidade jurídica e a realidade fática do tema, já que o texto desta diretriz permite que seja suspensa a medida privativa de liberdade às mulheres grávidas por um período razoável, levando em conta o melhor interesse da criança. Esta regra visa a respeitar o direito da criança e do adolescente à convivência familiar, de acordo com o estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o que constantemente não é respeitado, já que deixou de ser transformado em política pública consistente no país.

Assim, é necessário, além do reconhecimento de toda a problemática das mulheres, um olhar direcionado às crianças que, desde os primeiros instantes de vida, deixam de receber as condições necessárias e garantidoras de uma vida plena, contrapondo todo o disposto no ECA.

3.1 Direitos do nascituro e da criança à luz do ECA e suas violações

O ECA, como já sinalizado, é o dispositivo legal destinado a tratar dos direitos da criança e do adolescente. Entretanto, seus artigos, normalmente, não são efetivados no contexto vivenciado pelos chamados “filhos do cárcere”.

De maneira geral, a partir do momento em que são reconhecidos os direitos fundamentais das crianças, são garantidos no art. 4º do ECA, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação,

ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Ou seja, é direito da criança viver dignamente, desde sua concepção até sua formação, atentando-se ao fato de que ela deve crescer de forma sadia, sendo assegurado o seu bem-estar (THOMAS, et. al., 2017).

Entretanto, estes direitos são negados às crianças nascidas e mantidas no cárcere com suas mães. O direito à liberdade é violado à medida em que as crianças deixam de poder ir e vir e estar em espaços públicos e comunitários. O direito à dignidade é ferido já que as múltiplas necessidades infantis são desconsideradas, principalmente pela vivência no ambiente hostil da prisão, somadas a saúde e alimentação precárias. O direito ao lazer também deixa de ser exercido pela impossibilidade de atividades recreativas e, no mesmo sentido, o direito à educação.

Ainda, ocorre a violação, de maneira direta, ao disposto no art. 9º, caput, do ECA. O referido artigo traz, em seu texto que *“o poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade”*. Nesse sentido, é incontroverso que o ambiente prisional não é sinônimo de condições adequadas, sendo flagrante, novamente, a violação de um direito básico da mãe, ao amamentar, e da criança, ao receber o leite materno.

Por outro lado, o aleitamento materno e o convívio entre mãe e filho nos primeiros meses de vida são necessários para o bom desenvolvimento da criança e, por isso, é determinado que sejam asseguradas condições para que mãe e filho possam permanecer juntos durante este período, sem estabelecer o tempo de permanência da criança na unidade prisional.

Porém, a falha ocorre no momento em que as condições enfrentadas deixam de ser, ao menos, dignas. Dessa forma, o berçário

passa a ser uma cela improvisada, com todas as características precárias presentes naturalmente. Além disso, as mães deixam de ter o acompanhamento médico necessário no auxílio dos cuidados das crianças, refletindo a violação do direito à saúde aos nascidos no cárcere, desde o início de suas vidas.

Em seu livro, Queiroz (2015) narra que *“quando nascem em locais assim, as crianças vivem em celas superlotadas, úmidas e malcheirosas, chegando até mesmo a dormir no chão com as mães. Apiedadas pelos filhos, muitas presas preferem devolvê-los à família ou entregar para adoção a vê-los vivendo em tais condições”*.

3.2 Demais análises das violações aos direitos assegurados

Entretanto, apesar de todas as violações aos direitos contidos no ECA, a violação é ainda maior quando o filho é tirado dos primeiros cuidados da mãe, principalmente durante a fase de amamentação. Dessa forma, em concordância ao contido no art. 9º do referido diploma, *“a criança precisa permanecer nesse estabelecimento para que seus direitos sejam efetivados, porém, o Estado deve tomar providências para que isso ocorra da melhor forma possível”* (THOMAS et. al., 2017).

Sobre o tema, Cláudia Stella (2009), ao estudar o impacto do aprisionamento materno e, conseqüentemente distanciamento da mãe na vida da criança, expõe que:

A ausência paterna e/ou materna gera implicações específicas ao grupo familiar. Por exemplo, quando da ausência ou desaparecimento do pai, a família pode passar por problemas, como disputa do papel de autoridade; já a ausência materna pode levar a problemas afetivos. No caso da ausência materna pela prisão, o grupo familiar é atingido por outros aspectos como o estigma social, que pode influenciar as relações

posteriores e a inserção de seus membros em outros grupos e meios.

Considerando que, na prática, o Estado é omissivo na tomada das providências necessárias à boa ambientação prisional apta a acolher a criança, a melhor solução seria a tutela provisória para as mães encarceradas. Isso porque, na construção da subjetividade infantil, o ambiente em que se encontram também é de fundamental importância para sua formação, já que todos os estímulos externos fazem parte desse processo.

Nesse sentido, Andréa Rodrigues Amin (2010) afirma que “*a criança e o adolescente no seu desenvolver necessitam de variados estímulos emocionais, sociais, culturais, educacionais, motores, enfim, todo o arcabouço necessário para sua formação*”.

Ainda nesse segmento, Kurowsky (1990) pontua que são comprovados muitos distúrbios psiconeuróticos e da personalidade nos seres humanos com um reflexo na capacidade para estabelecer vínculos afetivos, em virtude de uma falha no desenvolvimento na infância, como a vida nas prisões.

Por fim, é imprescindível destacar que esse encarceramento dos “filhos do cárcere” infringe direito fundamental previsto no art. 5º, inciso XLV, da Constituição, que afirma “*que nenhuma pena passará da pessoa do condenado*”, também conhecido como princípio da individualização da penal, no âmbito do Direito Penal.

Assim, considerando que o cárcere é um ambiente violador de direitos, a institucionalização da criança implica na violação de seus direitos fundamentais e, portanto, na transcendência da pena. A dívida da mãe perante à sociedade não deve estender-se ao filho gerado, sob pena de grave afronta aos direitos constitucionais assegurados no ordenamento brasileiro.

Observa-se, em suma, um impasse, no qual uma das possíveis soluções é a liberdade provisória da mãe encarcerada. Isso porque, de um lado, o afastamento do filho da mãe é extremamente prejudicial para sua formação mental e física. De outro lado, a criança mantida em ambiente prisional possui seus direitos violados, além, também, de ter sua formação prejudicada. Esse também foi o entendimento do *habeas corpus* já citado.

Na reflexão de Angela Davis (2019, p. 121), a compreensão do papel social do sistema de punição permite que seja pensada na punição como consequência inevitável do crime, já que, muitas vezes, o encarceramento está ligado a projetos políticos e lucro de corporações. Entretanto, o foco deve ser voltado para todas as relações sociais que sustentam a permanência da prisão, no caso, com atenção especial às mulheres grávidas e seus filhos.

CONCLUSÃO

Por toda a análise, conclui-se que a realidade prisional, por si só, é violadora de direitos fundamentais assegurados à todos pela Constituição Federal. Esse panorama é agravado, ainda, quando considerados os transtornos enfrentados pelas grávidas encarceradas e, conseqüentemente, seus filhos.

O Brasil, apesar de falho em assegurar as garantias legais para o digno desenvolvimento desse grupo marginal, que são as mães e filhos encarcerados, possui munção legal e jurisprudencial suficiente para tratar o tema da melhor forma possível, como expostos ao longo do trabalho, por exemplo, com as Regras de Bangkok e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Diversas são as violações humanas apontadas, entretanto, a violação é ainda maior quando mãe e filhos são separados. É

importante ressaltar a importância materna tanto física, para os cuidados iniciais da criança, como mental, evitando, por exemplo, distúrbios de afeto.

A principal solução, já tratada também em *habeas corpus* proferido pelo STF seria a liberdade provisória, a ser incondicionalmente assegurada às grávidas encarceradas no país para, talvez, eliminar a existência dos chamados “filhos do cárcere”, passando a serem vistos apenas como filhos de mães que, em algum momento, cometeram alguma infração penal.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Katia Regina F. L. Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 4. ed. Rio de Janeiro, 2010.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Presídios femininos: o descaso com saúde e alimentação de grávidas e crianças**. mar. 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/presidios-femininos-o-descaso-com-saude-e-alimentacao-de-gravidas-e-criancas/>>. Acesso em: 23 maio 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras**. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. 1. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 23 maio 2020.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 30 maio 2020.

BRASIL. Lei 13.434, de 12 de abril de 2017. Veda o uso de algemas em mulheres grávidas durante o parto e em mulheres durante a fase do puerpério imediato. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 abr. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13434.htm>. Acesso em: 23 maio 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Dar a luz na sombra**: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** – Infopen Mulheres. jun. 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e União. Relator: Ministro Marco Aurélio. set. 2015. [online] Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>> Acesso em: 29 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Imprensa. **Notícias STF**. [online] Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=283125>>. Acesso em: 29 maio 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Súmula Vinculante nº 11**, de 22/08/2008, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>> Acesso em: 27 agosto 2020.

DAVIS, Angela Y. **Estarão as prisões obsoletas?** 3. ed. DIFEL, 2019.

GUEDES, Marcela Ataíde. Intervenções psicossociais no sistema carcerário feminino. **Psicologia Ciência e Profissão**, n. 26, 2006. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/html/2820/282021750004/>>. Acesso em: 28 maio 2020.

KUROWSKI, Cristina Maria. **Análise crítica quanto a aspectos de implantação e funcionamento de uma creche em penitenciária feminina**. Porto Alegre, 1990.

MATOS, Khesia Kelly Cardoso; SILVA, Susanne Pinheiro Costa e; NASCIMENTO, Emanuela de Araújo. Filhos do cárcere: representações sociais de mulheres sobre parir na prisão. **Interface** (Botucatu), v. 23, 2019. [online] Disponível em

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832019000100252&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 23 maio 2020.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal**. 10^a ed. São Paulo, Atlas, 2002.

PASTORAL CARCERÁRIA. **Número de detidas em presídios femininos no brasil cresce oito vezes em 17 anos**. dez. 2017. [online] Disponível em: <<https://carceraria.org.br/mulher-encarcerada/numero-de-detidas-em-presidios-femininos-no-brasil-cresce-oito-vezes-em-17-anos>>. Acesso em: 28 maio 2020.

PEREIRA, Larissa Urruth; ÁVILA, Gustavo Noronha. **Aprisionamento feminino e maternidade no cárcere: uma análise da rotina institucional na Penitenciária Feminina Madre Pelletier**. 2014. Disponível em: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina36337.pdf>>. Acesso em: 29 maio 2020.

SANTA RITA, Rosangela Peixoto. **Mães e crianças atrás das grades: em questão o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2007. Dissertação (Mestrado em Política Social) – Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

STELLA, Claudia. Aprisionamento materno e escolarização dos filhos. **Revista Semestral da Associação Brasileira de Psicologia Escolar e Educacional (ABRAPEE)**, v. 13, n. 1, jan./jun. 2009, p. 21-28. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pee/v13n1/v13n1a03.pdf>>. Acesso em: 29 maio 2020.

THOMAS, Amanda Batista; RIBAS, Luísa Willers; BIRK, Maura. Os filhos do cárcere: a situação das crianças que vivem em estabelecimento penal feminino em virtude da pena privativa de

liberdade. **(Re)Pensando Direito**, v. 7, n. 14, 2017. Disponível em: <<http://local.cneccsan.edu.br/revista/index.php/direito/article/view/549/418>>. Acesso em: 30 de maio de 2020.

QUEIROZ, Nana. **Presos que Menstruam**. 4. ed. Rio de Janeiro. Editora Record, 2015.

VIAFORE, Daniele. A gravidez no cárcere Brasileiro: uma análise da Penitenciária Feminina Madre Pelletier. **Direito & Justiça**, ano XXVII , v. 31, n. 2. Rio Grande do Sul, 2005.

AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O TELETRABALHO

PEOPLE WITH DISABILITIES AND TELE-WORK

*Maria Gabriela Silva Moreira*³⁹⁴

*Juliane Caravieri Martins*³⁹⁵

RESUMO

O estudo pauta-se no uso do teletrabalho para a inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho. Será analisado se esse tipo de contratação está preservando os direitos fundamentais dessas pessoas e sua dignidade. Todos são iguais diante da lei, por isso o princípio da isonomia prevê a igualdade de aptidões e de possibilidades dos cidadãos de gozar de tratamento isonômico. A acessibilidade para pessoas com deficiência está muito além de rampas e construção de ambientes adequados, pois se trata de um problema cultural. A inclusão de pessoas com deficiência no ambiente laboral é de extrema relevância na atualidade, não se podendo deixar de refletir sobre essas questões na atualidade.

Palavras-chave: Pessoas com deficiência. Teletrabalho. Dignidade humana. Inclusão.

³⁹⁴ Mestranda em Direito pela UFU. Especializando em Direito na área de Gestão Educacional pelo Damásio. Graduada em Direito pelo UNICERP. Advogada. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9603-0815>. *E-mail:* mariagabriela_cp@hotmail.com

³⁹⁵ Orientadora, Professora Adjunta na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Doutora em Ciências da Integração da América Latina pela Universidade de São Paulo, Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-8784-7914>. *E-mail:* jcaravieri@ufu.br.

ABSTRACT

The study is based on the use of telework to include people with disabilities in the labor market. It will be analyzed whether this type of contract is preserving the fundamental rights of these people and their dignity. Everyone is equal before the law, so the principle of isonomy provides for equal skills and possibilities for citizens to enjoy equal treatment. Accessibility for people with disabilities goes far beyond ramps and building suitable environments, as it is a cultural problem. The inclusion of people with disabilities in the work environment is extremely relevant today, and we cannot fail to reflect on these issues today.

Keywords: Disabled people. Teleworking. Human dignity. Inclusion.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisará a regulamentação do teletrabalho, incluído na legislação brasileira desde 2011 e ampliado com o Capítulo II-A introduzido pela Lei nº 13.467/2017 na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Trata-se de novo tipo de contratação laboral que permite o exercício do labor fora das dependências da empresa com o uso dos recursos tecnológicos. Será averiguado as nuances da aplicação prática de tal modalidade de trabalho e se permitirá a inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho.

Refletindo sobre os direitos fundamentais trabalhistas, todos são iguais perante a lei, devendo ser aplicado o princípio da isonomia que prevê a igualdade de aptidões e de possibilidades dos cidadãos, inclusive no âmbito laboral. Os direitos sociais consagrados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88)

apresenta o direito social ao trabalho no *caput* do art. 6º e no art. 7º delimita o desdobramento deste para os trabalhadores urbanos, rurais e domésticos. As relações sociais e de trabalho se modificam ao longo do tempo, devendo se adequar aos anseios da sociedade na atualidade.

Pensando nos parâmetros da contratação do trabalho à distância, o teletrabalho poderá abarcar maior número de pessoas, em especial com deficiência, idade avançada e até mesmo que precisam de uma outra pessoa para se locomoverem da casa para o serviço e vice-versa, demonstrando a importância em se refletir sobre esta modalidade laboral.

No caso das pessoas com deficiência, será analisado se o teletrabalho, como modalidade de contratação, permitirá a pessoa com deficiência que trabalhe em sua residência ou do lugar que melhor se adapte, preservando seus direitos fundamentais.

Portanto, através do método dialético e da pesquisa bibliográfico-exploratória, investigou-se se o teletrabalho, enquanto fenômeno jurídico-social, é uma modalidade de contratação de trabalhadores deficientes apta a promover a inclusão social dessas pessoas no mercado de trabalho, atendendo aos preceitos do princípio da isonomia.

1 AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A TUTELA DE SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O mundo está rodeado pelo desenvolvimento informatizado trazido pela era digital, permitindo uma infinidade de dados e conhecimentos que, no passado, era inimagináveis, para pessoas com ou sem deficiência. Na década de 1990, as tecnologias estavam em aperfeiçoamento e as pessoas não tinham o acesso tão fácil como

nos dias atuais, inclusive podendo acessar a internet de seus celulares.

Antes as tecnologias, os smartphones, os notebooks, tablets e demais recursos de acessibilidade, não eram tão difundidos na comunidade em geral. Mas as tecnologias têm impactado cada vez mais o dia a dia dos indivíduos e a sociedade, sem perceber, está conectada praticamente vinte e quatro horas por dia, utilizando o despertador eletrônico ao acordar, as trocas de mensagens para comunicação e, até mesmo, para entretenimentos, podendo impactar na melhoria de vida e de trabalho das pessoas com deficiência.

O 21 de setembro é reconhecido como o *Dia Nacional da Luta da Pessoa com Deficiência*. De acordo com o Censo, em 2010, no Brasil, o grupo de pessoas com deficiência alcançava aproximadamente 45,6 milhões de indivíduos. Assim, 23,9% da população total tinha algum tipo de deficiência, seja visual, auditiva, física ou intelectual. Ressalta-se que 8,3% desse público apresentava pelos menos um tipo de deficiência grave. Dessa porcentagem, 2,33% apresentava deficiência motora severa. Ademais, a deficiência física é a segunda mais presente na população, depois da deficiência visual. Complementarmente, dados mais atualizados de uma amostra de domicílios entrevistados (n=81357) indicaram que 1,3% do grupo de participantes apresentava deficiência física (IBGE, 2015).

Segundo a Pesquisa de Informações Básicas Municipais (MUNIC) de 2014, a maioria das prefeituras não promove políticas de acessibilidade, tais como: lazer para pessoas com deficiência (78%), turismo acessível (96,4%) e geração de trabalho e renda ou inclusão no mercado de trabalho (72,6%). (IBGE, 2015).

A acessibilidade para pessoas com deficiência está muito além de rampas e construção de ambientes adequados, pois se trata

de problema cultural. Como demonstrado acima, ainda há muito a ser conscientizado e instituído na sociedade para o acolhimento e o auxílio das pessoas com deficiência.

Essas pessoas sempre encontraram dificuldades no mercado de trabalho, sendo necessária à criação de normas para resguardar os seus direitos como a *Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência* (CDPD).

No Brasil, para a tutela das pessoas com deficiência, houve a ratificação da Convenção 159 da OIT, a Declaração de Salamanca de 1994, a Convenção de Guatemala de 1999 e a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2008).

O termo deficiência ou pessoa com deficiência, segundo o artigo 1º, da Convenção da ONU é assim entendido:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas. (ONU)

A CRFB/88 contém vários artigos dedicados especialmente à inclusão da pessoa com deficiência. A Lei nº 13.146/2016 instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), no intuito de aumentar a inclusão social e cidadã, sendo proposta para promover e assegurar condições de igualdade, exercício de direitos e garantias fundamentais por pessoas com deficiência.

O Código Civil sofreu alterações no instituto jurídico da capacidade civil a fim de trazer maior inclusão para as pessoas com deficiência. Nesse sentido, Barboza (2018, p. 212) destaca:

Dentre as diversas modificações promovidas na legislação então existente, foi alterado o regime de (in) capacidade estabelecido no Código Civil (CC), que seguia a orientação adotada no Brasil desde 1916, a despeito de alguns temperamentos. A alteração atinge de modo profundo a Lei Civil e repercute por todo ordenamento. Muitas questões se apresentam desde então, especialmente em razão de ter sido afirmada expressamente a plena capacidade civil de todas as pessoas com deficiência, inclusive as com deficiência mental ou intelectual, para todos os atos da vida civil, compreendidos os de natureza existencial, como casar-se e exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção. A incapacidade absoluta está restrita aos menores de 16 anos e a curatela das pessoas com deficiência afeta tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. O reconhecimento da plena capacidade é bem acolhido, de modo geral, quando se trata de deficiência física ou sensorial, mas causa perplexidade diante de deficiências mentais ou intelectuais graves.

De acordo com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, a deficiência não é apenas um problema individual, mas também, e de modo importante, um problema social que exige intervenções na sociedade.

A fonte dos problemas não está apenas nos impedimentos, isto é, nas restrições ou faltas (diferenças) individuais, mas também na sociedade que não tem os meios, serviços, instrumentos adequados para que as pessoas com deficiência possam se incluir no meio social (BARBOZA, 2018, p. 214).

Nesse sentido, Montal (2019, p. 134) destaca:

Embora com uma legislação avançada, considerada uma das mais avançadas e completas de todo o mundo no tema da inclusão social da pessoa com deficiência, a nossa realidade está longe de

representar um reflexo da normativa constitucional e legal. Muitas vezes a pessoa com deficiência preenche uma vaga no mercado de trabalho, mas a verdadeira inclusão não acontece, pois o meio ambiente do trabalho não está acessível para acolher adequadamente as pessoas com suas especificidades, e aqui não se refere apenas à eliminação de barreiras físicas, como também à eliminação das barreiras atitudinais, comunicacionais, instrumentais que impossibilitam as pessoas com deficiência de exercer suas atividades em igualdade de condições com os demais empregados. Não se pode falar em inclusão do deficiente no mercado de trabalho sem que o meio ambiente do trabalho seja acessível.

Segundo Sampaio e Menezes (2018, p. 135):

Reconhecer a autonomia da pessoa com deficiência para assuntos relacionados ao corpo perpassa a mudança na abordagem da própria deficiência, ao longo da história. Até bem recentemente seria impensável atribuir esse poder de decisão às pessoas com deficiência psíquica ou intelectual. Durante muito tempo, a pessoa com deficiência foi excluída da sociedade e marginalizada porque a sua condição era motivo de repúdio, de discriminação ou de pena.

No intuito de proteger os direitos das pessoas com deficiência, foram criados diversos documentos como o CDPD, mencionado anteriormente, com o objetivo de inclusão e igualdade dessas pessoas. O art. 85 do EPD prevê:

Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

§ 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao **trabalho** e ao voto. (grifo nosso).

Os deveres da sociedade em geral estão elencados no art. 8º do EPD:

Art. 8º É dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à **profissionalização, ao trabalho**, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, **aos avanços científicos e tecnológicos**, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico. (grifo nosso).

O capítulo VI do EPD trata do ***direito ao trabalho*** das pessoa com deficiência e sua inclusão no mercado de trabalho a fim de resguardar direitos fundamentais previstos na CRFB/88, destacando-se:

Art. 34. **A pessoa com deficiência tem direito ao trabalho** de sua livre escolha e aceitação, **em ambiente acessível e inclusivo**, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

§ 2º A pessoa com deficiência tem direito, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, **a condições justas e favoráveis de trabalho**, incluindo igual remuneração por trabalho de igual valor.

Art. 37. Constitui modo de inclusão da pessoa com deficiência no trabalho a colocação competitiva, em **igualdade de oportunidades com as demais pessoas**, nos termos da legislação trabalhista e previdenciária, na qual devem ser **atendidas as regras de acessibilidade**, o fornecimento de

recursos de **tecnologia** assistiva e a adaptação razoável no ambiente de trabalho. (grifo nosso)

A legislação atual é uma importante conquista social das pessoas com deficiência, garantindo-lhes paridade de tratamento em relação às demais pessoas em atendimento ao direito à igualdade (art. 5º, *caput* da Constituição), preservando-lhes os direitos fundamentais, mormente no âmbito laboral, pois ninguém deve ser tratado de forma desigual.

2 O TELETRABALHO PARA A INCLUSÃO SOCIOLABORAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Desde a década de 1970, as tecnologias têm influenciado a maneira de viver em sociedade, resgatando padrões antigos, mas aperfeiçoados com a modernidade. Cita-se o caso do trabalho em casa, correlacionado ao teletrabalho, mas distinto do conceito antigo, pois quando dizia trabalho em casa, já se imaginava o trabalho artesanal ou manual, porém, hoje o uso de recursos tecnológicos permite a configuração do teletrabalho.

Com a evolução dos meios de comunicação e informatização, o teletrabalho se torna um modelo ou padrão de emprego da sociedade globalizada, impondo nova configuração legislativa que poderia trazer mais segurança para as partes.

Sobre o crescimento do capitalismo, LEMOS (2019, p. 98 *apud*, WALLERSTEIN, 1974) apresenta uma crítica ao discurso científico hegemônico:

A teoria do sistema-mundo é uma decorrência do crescimento do capitalismo como modo de produção de alcance mundial. Sua ampliação estimulou uma divisão internacional do trabalho, com a criação de países considerados centrais, semiperiféricos e

periféricos, em razão do grau de desenvolvimentos de suas condições econômicas. Essa reflexão também está ancorada em três circunstâncias: a ampliação da dimensão geográfica do mundo, com o estabelecimento de um zoneamento classificatório que abrange qualquer país; a criação de métodos para o controle do trabalho e da produção, como a supervisão, as metas e a cronometragem; além do estabelecimento de princípios burocráticos e estatais nos chamados países centrais como instrumentos de regulamentação da economia mundial.

Assim, “trabalho pressupõe ação, emissão de energia, desprendimento e despendimento de energia humana, física e mental, com o objetivo de atingir algum resultado” (CASSAR, 2017, p. 04).

O surgimento de novas gerações, cada vez mais interativas e ligadas à informática, fez surgir novos tipos de relação contratuais. Tais gerações precisavam ser inseridas no mercado de trabalho, respeitando suas peculiaridades, seja em empresas públicas ou privadas. Logo, a concepção do teletrabalho é respeitar, livremente, tanto o tempo livre quanto o tempo de trabalho, facilitando a vida daqueles que utilizam esse labor.

Nos últimos tempos, a legislação trabalhista foi flexibilizada adotando diferentes tipos de contrato individual de trabalho que vão além do padrão tradicional do contrato por tempo indeterminado e horário controlado pessoalmente. Houve também a necessidade de regulamentar o teletrabalho que permite o trabalho a distância por meios telemáticos.

Em 2011, a Consolidação das Leis do Trabalho teve seu art. 6º alterado para incluir breve previsão sobre o teletrabalho, mas foi apenas em 2017, com a Reforma Trabalhista, que se incluí o Capítulo II-A regulamentando esta nova modalidade de labor.

Sobre a definição do teletrabalho, Neto e Maltini (2012) diz sobre a Organização Internacional do Trabalho (OIT) que o define como:

a forma de trabalho efetuada em lugar distante do escritório central e/ou do centro de produção, que permita a separação física e que implique o uso de uma nova tecnologia facilitadora da comunicação.

Segundo Barros (2016, p. 216), o teletrabalho:

[...] não neutraliza o contrato de emprego. Ele poderá prestar serviços subordinados sob a égide da CLT ou como autônomo, exercendo suas atividades por conta própria, fora da tutela dessa disciplina, tudo irá depender da forma como for realizada a prestação de serviços. Saliente-se, todavia, que não é o lugar da prestação de serviços que irá distinguir as duas situações e atribuir tratamento distinto para as atividades, mas o fato de o trabalho ser realizado mediante controle do credor do trabalho ou com poderes para gerir a sua própria atividade.

Na legislação trabalhista, toda e qualquer alteração contratual, precisa para ser válida, tendo a concordância expressa do trabalhador e necessita ser benéfica ao mesmo, sob pena de ser tida como nula (art. 468, CLT).

Nessa percepção, Barros (2016, p. 212) destaca:

A principal vantagem apontada em favor do trabalhador é a flexibilidade de horário capaz de facilitar-lhe a conciliação das atividades profissionais com os encargos familiares. Em consequência, o teletrabalho poderá ser um meio propício à melhora da qualidade de vida do trabalhador, desde que ele consiga distinguir entre tempo de trabalho e tempo livre.

Sendo mais eficaz e respeitando o biorritmo do empregado, ele poderá realizar a autogestão de seus horários, destinando maior tempo às relações familiares e convívio social, podendo desenvolver simultaneamente vários empregos, aumentando sua renda. Ainda nesse viés, Barros (2016, p. 212) diz:

Outra vantagem consiste na possibilidade de o teletrabalho se estender a um contingente humano que enfrenta dificuldade de obter emprego formal, como é o caso das donas de casa, trabalhadores com idade avançada ou com deficiência física e presidiários. Visto sobre esse ângulo, o teletrabalho poderá atuar como um meio capaz e contribuir para diminuir a desigualdade de oportunidades. (...) A difusão do teletrabalho poderá contribuir para reduzir a poluição, na medida em que diminui a necessidade de transporte público, favorecendo o descongestionamento do tráfego e vantagens para o meio ambiente.

Sobre as desvantagens, Garcia (2017, p. 142) aponta:

No entanto, podem ocorrer desvantagens no teletrabalho, como a maior dificuldade de inserção do empregado no grupo dos demais trabalhadores, bem como na sua participação de atuações coletivas e sindicais. São possíveis, ainda, prejuízos na vida íntima e familiar do empregado, bem como eventuais situações de cansaço e esgotamento daqueles que apresentem maior dificuldade em delimitar o período de trabalho e o tempo livre, por estarem constantemente conectados com o empregador. Para este, também podem surgir certas dificuldades de fiscalização e controle do trabalho a ser desempenhado, justamente em razão da forma diferenciada de trabalho em questão.

Assim, o trabalho precisa ser acompanhado a fim de evitar prejuízos para a saúde dos trabalhadores, resguardando também a

sua saúde física e psicológica. Somente assim estará sendo respeitada a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho enquanto preceitos constitucionais norteadores das relações de trabalho no Brasil, inclusive para as pessoas com deficiência.

CONCLUSÃO

O trabalho à distância poderá beneficiar as pessoas com deficiências de diversas ordens, principalmente com dificuldades de locomoção, não necessitando de outras pessoas para o deslocamento de sua casa ao trabalho e vice-versa, podendo laborar do local que melhor se adapte, inclusive de sua residência.

É preciso que a pesquisa científica também se debruce na produção de conhecimentos que possam ser aplicados à realidade brasileira a fim de garantir o respeito aos direitos fundamentais das pessoas com deficiência, contribuindo para o aperfeiçoamento do direito, bem como acompanhando as mutações sociais.

A tecnologia em geral e os seus produtos e serviços, tais como: os robôs, a internet, os computadores, os softwares e os celulares etc. mudaram significativamente as relações laborais e sociais nas últimas décadas, especialmente, os meios de produção de bens e serviços. O teletrabalho oriundo de tais inovações pode trazer benefícios diversos para as pessoas com deficiência, permitindo sua maior inclusão no mercado de trabalho. É preciso trazer esses debates, bastante oportunos, para o mundo jurídico e para o aperfeiçoamento da sociedade a fim de beneficiar as pessoas com deficiência no mundo do trabalho.

Há muito ainda a ser estudado e discutido em razão da evolução tecnológica que permite maiores possibilidades de contratação de trabalhadores com o uso dos meios telemáticos e

diminuindo qualquer tipo de deslocamento físico.

O teletrabalho se apresenta como uma oportunidade de emprego a mais para as pessoas com deficiência, ampliando os horizontes de ocupação e de renda para essas pessoas, sendo fundamental discutir essa modalidade contratual no momento presente.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloisa Helena. **A importância do CPC para o Novo Regime de Capacidade Civil**. Revista EMERJ, v. 20, n.1, p. 209-223, Rio de Janeiro, jan.-abril, 2018.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTR, 2016.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho: Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm>. Acesso em: Abril de 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: Abril de 2019.

BRASIL. **Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: Abril de 2019.

CANOTILHO, J. J Gomes et al. (Cord.). **Direitos fundamentais sociais**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do trabalho**. 14 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, Método, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16 ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 11 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro. Forense, 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Lei Brasileira de Inclusão ainda enfrenta resistência à sua aplicação, dizem especialistas**. IBDFAM. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6688/Lei+Brasileira+de+Inclus%C3%A3o+ainda+enfrenta+resist%C3%Aancia+%C3%A0+sua+aplica%C3%A7%C3%A3o%2C+dizem+especialistas>>. Acesso em: Abril de 2019.

IBGE. Pesquisa Nacional de Saúde 2013. **Ciclos de Vida. Brasil e Grandes Regiões**. 1 ed. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94522.pdf>> Acesso em: Abril de 2019.

JUNIOR, Francisco de Assis Barbosa. **O Teletrabalho e a evolução nas relações laborais: aspectos sociais e jurídicos**. Revista LTr. Vol. 83, nº 07, Julho de 2019.

LEMOS, Marcelo Rodrigues. **Modernidade e Colonialidade: uma crítica ao discurso científico hegemônico**. 1 ed. Curitiba: Appris, 2019.

MARTINS, Juliane Caravieri; BARBOSA, Magno Luiz; MONTAL, Zélia Maria Cardoso (Orgs.). **Reforma trabalhista em debate: direito individual, coletivo e processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017.

MARTINS, Juliane Caravieri; PASCHOALINO, Jussara Bueno de Queiroz; MONTAL, Zélia Maria Cardoso (Orgs.). **Trabalho digno, educação e inclusão social**. Vol. 2, Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. 1 ed. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

NETO, Antonio Rulli. MALTINTI, Luciana de Camargo. **Teletrabalho e inclusão na sociedade da informação**. Conjur, 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jun-30/teletrabalho-inclusao-reserva-vagas-sociedade-informacao?pagina=4>. Acesso em: Abril de 2019.

SAMPAIO, Carolina Vasques; MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Autonomia da pessoa com deficiência e os atos de disposição do próprio corpo**. Revista Jurídica Cesumar. V. 18, n. 1, p. 133-157, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

PESSOA COM DEFICIÊNCIA: COMPENSAÇÃO PARA O CUMPRIMENTO DA COTA NO PROJETO DE LEI 6.159/2019

PEOPLE WITH DISABILITIES: COMPENSATION TO FULFILL THE QUOTE IN THE DRAFT LAW 6.159/2019

*Gabriel Catini Lanzi*³⁹⁶

*Rogério Alexandre de Oliveira Castro*³⁹⁷

RESUMO

A questão das Cota para Pessoas com Deficiência (PcD), criadas pela Lei n. 8.213/91, apresenta em seu sistema aspectos polêmicos que ainda geram debates acadêmicos e são alvos de propostas legislativas. Este trabalho tem como objetivos principais discutir a criação de um mecanismo de compensação para o cumprimento da cota para Pessoas com Deficiência e debater o recente Projeto de Lei 6.159/2019, que tenta mudar a regulação sobre o tema.

Para tanto, análise-se brevemente o atual sistema de cotas para Pessoas com Deficiência, apurando possíveis lacunas, e do instituto da compensação como possível solução para alguns dos mesmos. Em seguida, analisa-se a repercussão do PL 6.159, a movimentação legislativa do Projeto e a recente mudança trazida pela Lei 14.020/2020.

Palavras-chave: Inclusão social; Cota para Pessoas com Deficiência; Compensação; Projeto de Lei 6.159/2019.

³⁹⁶ Graduando do 6º Período da FDRP - gabriel_lanzi@usp.br.

³⁹⁷ Professor Doutor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP) - raocastro@usp.br.

ABSTRACT

The matter of the Quote for People with Disabilities, created by the Lei n. 8.213/91, presents in its system polemic aspects which still bring up a lot of academic debates and are the target of legislative proposals. This work has the main purposes to discuss the creation of a mechanism of compensation similar to the Cota de Reserva Ambiental (CRA) for the fulfillment of the quote for People with Disabilities and debate the recent Projeto de Lei 6.159/2019, which attempts to change the regulation on the issue.

For that, it is done a brief analysis of the present system of quotes for People with Disabilities, searching possible gaps, and the institute of compensation as an possible solution to some of those. Then, it is analyzed the repercussion, of the Projeto de Lei 6.159, the legislative movimentation of the project and the recent change brought by the Lei 14.020/2020.

Key words: Social inclusion; Quote for People with Disabilities; Compensation; Draft Law 6.159/2019.

INTRODUÇÃO

A questão da Cota para Pessoas com Deficiência (PcD), criadas pela Lei n. 8.213/91, apresenta em seu sistema aspectos polêmicos, que ainda geram debates acadêmicos a respeito de determinadas incongruências desse sistema. Neste íterim, discute-se sobre a criação de um mecanismo de compensação para o cumprimento de cotas para Pessoas com Deficiência.

Esse modelo alternativo se propõe a facilitar a concretização do dispositivo legal nas situações em que sua aplicação é dificultada pela realidade de diversos setores econômicos. Sendo assim, possibilitar-se-ia tanto um aumento do número de Pessoas com Deficiência beneficiadas pela cota como incentivos econômicos para

o empregador que ultrapasse o mínimo legal para continuar fazendo-o. Mas antes de se discutir o sistema que se propõe faz-se necessário fazer uma contextualização sobre a situação dessas pessoas e levantar as problemáticas do modelo atual.

Inicialmente, cumpre destacar que as Pessoas com Deficiência (PcD) representam uma fração numerosa da população, compreendendo mais de 1 bilhão de pessoas no mundo todo segundo relatório da ONU (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2011). No Brasil, segundo o censo de 2010, essa comunidade representava mais de 45,6 milhões de pessoas, ou seja, aproximadamente 23,9% da população brasileira (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2010, p. 114).

Por outro lado, apesar de constituir parcela tão numerosa da população, sua empregabilidade é extremamente reduzida. Em 2017, os dados da Relação Anual de Informações Sociais (Rais) do Ministério do Trabalho, em 2018, indicavam que as Pessoas com Deficiência representavam apenas 486.756 trabalhadores, ou seja, aproximadamente 1% do total de 46.631.115 de empregos no país (SECRETARIA ESPECIAL DE PREVIDÊNCIA E TRABALHO, 2018). Quando fala-se de empresas que legalmente deveriam preencher no mínimo 5% de suas vagas com PcDs, em 2011 o Rais constatou que estas representam somente 1,5% do quadro de funcionários destas empresas. (GABRILLI, 2011, p. 3).

Desse modo, cruzando os dados do censo de 2010 e do Rais de 2017, têm-se quase 99% dessas pessoas não participam do mercado de trabalho formal. Além das consequências sociais deste fenômeno, pode-se falar em perdas econômicas, como demonstrado por estudo realizado no Canadá que constatou que o 6,7% do PIB do país se perdia devido à falta de inclusão, especialmente por as pessoas com deficiência e seus cuidadores não contribuírem

(SECRETARIA ESPECIAL DE DIREITOS HUMANOS, 2008, p. 25).

Estes dados são importantes para se compreender a dimensão dessa problemática e a relevância de se buscar soluções para a inclusão dessa comunidade que representa uma parcela tão numerosa na sociedade. Essas pessoas tem um enorme potencial a oferecer, como ilustra o exemplo do cientista britânico Stephen Hawking, entre inúmeros outros.

Ademais, é importante ressaltar a presença do capacitismo - preconceito contra as estas pessoas por motivo de sua deficiência. Diferentemente de outros segmentos vítimas de preconceito, por exemplo, a comunidade LGBTQ+, que é vítima de uma espécie de “heterossexualidade compulsória”, as PcDs são vítimas de uma “capacidade compulsória” (MELLO, 2016, p. 2).

1 DESENVOLVIMENTO

A reserva legal para Pessoas com deficiência se insere no panorama do advento da Constituição de 1988, a Constituição Cidadã, que inovou ao introduzir uma série de mecanismos de proteção à Pessoa com Deficiência, como a vedação à discriminação salarial (art. 7º, XXXI) e a garantia do direito à educação especial (art. 208, III).

1.1 A reserva legal de vagas: lacunas e propostas de mudanças

O sistema de cotas propriamente dito foi introduzido no direito brasileiro pela Lei n. 8.213/91, a chamada Lei de Cotas. Esta

legislação reserva seu artigo 93 para a criação do sistema de cotas, que obriga empresas com mais de 100 empregados a ter de 2% a 5% de sua mão de obra composta por PcDs, nos termos do Decreto 3.298/99, ou vítimas de acidente de trabalho reabilitadas e certificadas pelo INSS.

Por mais que seja importante para a proteção das Pessoas com Deficiência, não há como negar que esse sistema possui uma série de falhas e inconsistências. Genofre (2013, p. 87-89) e Castro (2012, p. 80) levantam vários setores que apresentam sérias dificuldades em cumprir a reserva legal e que são ignorados pela Lei de Cotas; que são as empresas com atividades sazonais, empresas na área de vigilância e empresas com atividades extremamente insalubres ou perigosas. Genofre também argumenta que no sistema atual não há qualquer solução para a problemática da contratação de pessoas com um único tipo de deficiência e das Pessoas com Deficiência que não são contempladas pela Lei de Cotas e pelo Decreto 3.298/99.

A este respeito, comento mais detalhadamente sobre cada setor em um outro trabalho (LANZI, 2019, p. 51-60), pois neste se dará um maior destaque para o Projeto de Lei 6.159/19.

Enfim, a situação das empresas com atividades insalubres ou perigosas parece ser mais crítica. A respeito deste grupo, pode-se citar o exemplo do setor sucroenergético, no qual as atividades principais são o corte da cana, seu transporte e industrialização. Esse tipo de tarefa é realizada em ambientes que podem expor as PcDs a perigo e empregam volume maciço de mão de obra, de maneira que essas empresas se veem frequentemente na faixa de 5% de cota para essas pessoas.

Esta situação pode gerar complicações, pois exigir que PcDs sejam empregadas em atividades potencialmente perigosas as expõe

a riscos de acidentes. Entretanto, o sistema atual ignora se existem postos de trabalho seguros em número suficiente (CASTRO, 2012, p. 80), ou seja, é uma norma que desconsidera as práticas produtivas brasileira e que é fundamento para a aplicação de multas que chegam a centenas de milhares de reais³⁹⁸.

Ainda, mesmo para as atividades de mais simples inclusão dessas pessoas, não há no texto legal a previsão de qualquer política pública que a promova de fato ou tente superar o histórico de exclusão e capacitismo, ou mesmo medidas de capacitação e educação. Também, o dispositivo da lei não prevê incentivos às empresas que façam um verdadeiro esforço de inclusão e empreguem PcDs em quantidade superior à cota.

Por esses motivos, há que se falar no aprimoramento do sistema de cotas e na necessidade de criar mecanismos que permitam às empresas cumprir a cota e que promovam esforços maiores de inclusão, os quais, aliados à políticas públicas, poderiam melhorar muito a situação dessas pessoas no mercado de trabalho brasileiro.

Neste sentido, vislumbra-se uma alternativa que parece equacionar melhor o problema, que é o instituto da compensação, importado do direito ambiental.

A proposta é aplicar um mecanismo semelhante ao da Cota de Reserva Ambiental (CRA) para a cota para PcDs. Essa medida tem efeito benéfico duplo, pois possibilita a regularização de empresa em atividades que dificultam o cumprimento da cota, evitando que essas pessoas sejam colocadas em risco, e ainda

³⁹⁸ Cita-se o exemplo de uma usina com 3.418 empregados que deveria empregar 171 PcDs mas contratou apenas 51, sendo multada em R\$ 152.355,73, além de ser obrigada a apresentar em 90 dias documentação que comprove o cumprimento da cota, caso contrário aplicar-se-ia multas de aproximadamente R\$ 600.000,00 anualmente caso descumprida (CASTRO, 2012, p. 79-80).

incentiva as empresas que exercem atividades de mais fácil inclusão a empregar Pessoas com Deficiência acima do mínimo legal, de forma a fomentar a inclusão nas atividades mais fáceis de fazer-lo.

Vale dizer também que o presente instituto não se propõe a gerar qualquer redução na quantidade de vagas ocupadas por pessoas nesta condição, muito pelo contrário. O que se busca é somente que essas vagas sejam melhor distribuídas entre os setores. Ademais, é possível que este sistema aumente o número total de vagas ocupadas por PcDs, já que setores de mais fácil inclusão serão incentivados a empregar acima do mínimo legal.

1.2 As recentes propostas e normas sobre o tema: o Projeto de Lei nº 6.159/2019

Em um contexto de flexibilização e precarização de direitos sociais, o Poder Executivo federal propôs recentemente o Projeto de Lei nº 6.159/19 em 26 de novembro de 2019, buscando alterar a legislação sobre o tema da cota para Pessoa com Deficiência. O conteúdo desse Projeto é sem dúvida polêmico e provocou reações negativas na mídia brasileira, de lideranças políticas (BRIGATTI, 2019) e dos Ministério Público do Trabalho (MPT) e da União (MPU), que se manifestaram publicamente contra o Projeto, publicando inclusive um parecer jurídico crítico ao mesmo, e em alguns setores da sociedade.

Além de seu conteúdo, outro elemento que gerou fortes reações negativas foi o fato do Projeto ter sido apresentado com regime de urgência, obrigando-o a ser votado em 45 dias sob pena de trancar a pauta de votações da Câmara. Esta reação negativa que o Projeto causou foi tamanha que alguns parlamentares, com destaque para a senadora Mara Gabrilli, fizeram uma articulação

para retirar-lhe a urgência (VENTURA, 2019), o que ocorreu em decorrência de um pedido do Poder Executivo à Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, acatado no dia 11 do mesmo mês.

Em seguida, no dia 18 foi determinada pelo Presidente da Câmara dos Deputados a criação de uma Comissão Especial para análise do Projeto de Lei. Esta Comissão até o momento da finalização deste artigo não teve sua formação finalizada, pois aguarda indicações para o preenchimento de vagas.

Com relação ao mérito do Projeto, a discussão desse trabalho se concentra nas mudanças propostas para o sistema de reserva de vagas, sendo desconsideradas as alterações relativas ao auxílio-inclusão e sobre a reabilitação profissional.

Finalmente, debruça-se sobre a questão da reserva de vagas nos termos do Projeto. A esse respeito, a proposta peca fortemente ao incluir dispositivos flagrantemente agressivos aos direitos das Pessoas com Deficiência, como se verá a seguir.

Em parecer jurídico sobre o Projeto, os Ministério Público do Trabalho e da União são extremamente críticos ao mesmo. Neste parecer, estas instituições inicialmente relembram a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que foi incorporada ao ordenamento brasileiro com força de Emenda Constitucional. Neste sentido, urge o fato de que um dos princípios instituídos pela Convenção é o da progressividade, ou da vedação de retrocesso, estipulado no item 2 do artigo 4 da mesma (MPT; MPU, 2019, p. 1-3).

Em seguida, o Ministério Público critica a inclusão da possibilidade de cumprir-se a cota através do emprego de aprendizes com deficiência, que se encontra na nova redação do §3º do art. 93 da Lei de Cotas. Afinal, trata-se de uma abertura para a precarização dos contratos de trabalho dessas pessoas, pois o contrato de

aprendizagem tem prazo determinado. Fazem ainda o adendo de que não se trata de uma iniciativa para incentivar a contratação de aprendizes com deficiência, posto que esta já é possível.

Na sequência, o § 5º do mesmo artigo também é problemático ao autorizar que pessoas com deficiências “graves” possam ser contabilizadas em dobro. Além de revelar um viés capacitista, o dispositivo é silente sobre a definição de qualquer critério sobre o que seria uma deficiência “grave” ou quem faria essa avaliação (MPT; MPU, 2019, p. 11-12).

Com relação ao § 1º do art. 93-A, o texto mantém o seu tom reprovador. Sobre o inciso I, que exclui da base de cálculo da cota os cargos que envolvem atividades perigosas, especificadas na Norma Regulamentadora n. 16, o parecer é contrário à presunção de que essas pessoas não possam desempenhar atividades perigosas (MPT; MPU, 2019, p. 13). A esse respeito, o posicionamento do MP parece equivocado, e chegaram à mesma conclusão outros acadêmicos que se debatem o tema, como Genofre e Leite, que concordam que há complicações no cumprimento da cota neste tipo de atividade.

Afinal, a proposta do Projeto não é a proibição de que PcDs realizem atividades perigosas, e sim que empresas que as exerçam não sejam obrigadas a empregar essas pessoas nestas atividades. De fato, apesar de seguir um bom caminho o Projeto não parece ter encontrado a melhor solução para a problemática, posto que a consequência dessa medida é efetivamente a redução de postos de trabalho para essa população. Muito mais assertiva parece ser a proposta de compensação do cota que se têm neste trabalho, pois permitiria que a contratação reduzida de PcDs nesse tipo de atividade fosse compensado por um “superávit” em outro setor, não gerando prejuízo à quantidade total de vagas ocupadas por essas

pessoas.

Em seguida, o inciso II inclui a possibilidade de excluir da base de cálculo os cargos “cujas atividades restrinjam ou impossibilitem o cumprimento da obrigação”. Trata-se de um dispositivo perigoso e que abre margem excessivamente ampla para interpretação pois não define qualquer critério para tal. Ademais, o inciso III fala na exclusão de funções “cuja jornada não exceda a vinte e seis horas semanais”, proposição que carece de qualquer fundamento e pode ser agressiva aos direitos das PcDs (MPT; MPU, 2019, p. 13-14).

A proposta de redação do artigo 93-B também é problemática ao incluir em seu primeiro inciso a possibilidade de cumprir-se a cota pelo pagamento de dois salários mínimos mensais a um Programa de Habilitação e Reabilitação do Ministério da Economia. Trata-se de valor irrisório e que fragiliza muito a oferta de vagas para as PcDs, principalmente considerando que muitas empresas já preferem pagar eventuais multas do que cumprir a cota (MPT, 2019, p. 15).

Enfim, o segundo inciso do artigo supracitado o PL propõe a seguinte redação:

Art. 93-B. A obrigação de que trata o art. 93 poderá ser cumprida alternativamente, conforme o disposto em regulamento, por meio:

II - da contratação da pessoa com deficiência por empresa diversa, desde que as contratações adicionais pela empresa que exceder o percentual exigido compensem o número insuficiente de contratações da empresa que não tenha atingido o referido percentual.

Note-se que trata-se de iniciativa muito similar à proposta de compensação defendida inicialmente neste trabalho e que tem o potencial de gerar benefícios. Entretanto, ela peca pela simplicidade,

pois o seu mecanismo é muito rudimentar em comparação à Cota de Reserva Ambiental.

Afinal, mesmo a CRA que foi instituída de maneira muito mais robusta, com institutos para facilitar a sua comercialização, como o Cadastro Ambiental Rural, encontrou empecilhos para a sua efetividade como instrumento de política ambiental (SCOTON, 2016, p. 107).

Sendo assim, surge a necessidade de comparar a efetividade hipotética do instituto de compensação proposto com a proposta do inciso II do artigo 93-B. Em primeiro lugar, o dispositivo referido é silente sobre a sua forma como título de crédito. Em segundo lugar, trata-se de um instituto “isolado” que, para ganhar efetividade, necessitaria de ser regulamentado por normas infralegais.

Traz-se aqui uma interessante análise crítica de Scoton (2016, p. 115) sobre a eficácia da CRA em promover a preservação. O autor defende que esta eficiência pode ser aumentada se houver alguma garantia de que a renda proporcionada em sua comercialização seja destinada à preservação ambiental da área compensada, algo que poderia ser feito através do aprimoramento da legislação sobre o tema.

Esta mesma análise pode ser proposta para o instituto da compensação para a cota de PcDs. Ou seja, a eficácia do mesmo em promover inclusão pode ser aumentada se existir alguma obrigação para o concedente do título de cota de destinar parte da renda obtida em esforços deste tipo.

Quanto ao parecer jurídico do MP, este mantém um tom reprovador a este inciso ao dizer que este tipo de proposta promoveria uma “inserção” da Pessoa com Deficiência que teria um caráter na verdade segregador, distante de um real esforço de inclusão (MPT; MPU, 2019, p. 15). Parece que vislumbra-se um

cenário em que este instituto fosse tão amplamente utilizado que se criasse um mercado de contratos em que empresas fariam a contratação quase que exclusiva de PcDs com o simples propósito de comercializar as cotas excedentes.

Não se pode negar que trata-se de uma crítica bem colocada, porém exagerada. De fato, não se pode negar que se o instrumento da compensação criar um mercado em que empresas contratariam quase somente essas pessoas com o objetivo de comercializar a cota seria uma situação flagrantemente distante de um verdadeiro esforço de inclusão. Entretanto, mesmo que isto acontecesse, esta situação poderia ser evitada através da imposição de um limite até o qual a empresa poderia compensar o descumprimento por outras empresas, por exemplo, de 30%. Deste modo, se impediria que uma empresa que tivesse na comercialização da cota o único objetivo com a contratação de PcDs comercializasse o excedente acima de 30%, mas evidentemente a mesma não estaria proibida a empregar mais de 30% de PcDs no caso de um real esforço de inclusão.

Em seguida, a proposta de redação do artigo 93-C dispõe sobre uma restrição à punição pelo descumprimento da cota, limitando-a ao valor de seis salários mínimos, além da multa de que trata o art. 133. Por fim, o Projeto de Lei propõe a revogação do § 1º do art. 93 da Lei de Cotas, que impede a dispensa imotivada de Pessoa com Deficiência antes que outra pessoa nesta condição seja contratada, proposta claramente agressiva ao sistema de proteção do emprego das Pessoas com Deficiência.

O parecer jurídico do MP (2019, p. 16-17) considera ainda que o referido Projeto tem o condão de transferir à PcD a responsabilidade pela sua “reabilitação e habilitação” ao trabalho. Neste âmbito, a proposta é absolutamente contrária à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que tem status

constitucional, pois ela transfere ao Estado a obrigação de promover os direitos e liberdades destas pessoas.

Para dar um panorama mais atual desta situação, a Lei nº 14.020/2020, resultado da conversão da Medida Provisória nº 936/2020, que flexibilizou as relações de trabalho durante a pandemia legislou sobre o tema de maneira emergencial. Paradoxalmente à proposta de revogação do supracitado § 1º do art. 93 da Lei de Cotas pelo PL 6.159, que trata da impossibilidade de dispensa imotivada de PcD sem a prévia contratação de outra, o inciso V do art. 17 da Lei estipulou que é absolutamente vedada a esta dispensa sem justa causa enquanto perdurar o decreto de calamidade.

A este respeito, entende-se por bem dar a interpretação mais ampla possível, ou seja, que é indiferente se a reserva legal está cumprida ou não, se outra PcD foi contratada, ou sequer se a empresa está sujeita a cumprir a reserva legal, ou seja, se têm mais de 100 funcionários. Ademais, parece correto que se a extinção do contrato de trabalho foi feita indevidamente, é direito do trabalhador com deficiência exigir a reintegração nas mesmas condições anteriores.

Não só isso, é direito do trabalhador exigir e receber a reparação integral dos danos causados pela mesma e o retorno ao *status quo*. Desta maneira, tem a qualquer espécie de remuneração que ocorreriam durante o período que ficou afastado, à concessão de eventual reajuste que teria ocorrido e ao cômputo de dias trabalhados para fins de férias e 13º salário.

CONCLUSÃO

Ao analisar o Projeto de Lei 6.159/2019, ficou evidente que boa parte de seu conteúdo é agressivo aos direitos e aos esforços de

inclusão das Pessoas com Deficiência no mercado de trabalho. Suas propostas em sua grande maioria na verdade criam apenas mecanismos para que o empregador possa se escusar de cumprir a cota, ignorando a maciça realidade de exclusão e desemprego dessa comunidade.

A exceção encontrada foi a proposta de redação do inciso II do artigo 93-B da Lei de Cotas, que caminha numa boa direção e pode ajudar a trazer efetividade ao instituto da cota ao possibilitar a compensação de vagas, sem a redução no número de pessoas contempladas e incentivando empresários a empregar Pessoas com Deficiência além do mínimo legal.

Entretanto, não se pode esquecer-se de ressaltar que a presente proposta é insuficiente para resolver, de forma definitiva, a complicada situação da Pessoa com Deficiência no Brasil, servindo apenas para mitigá-la. Desse modo, essa iniciativa deveria ser tomada de forma conjunta com outros instrumentos de inclusão e políticas públicas, como as citadas por Leite, direcionadas para uma solução holística dessa questão.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 6.159 de 26 de novembro de 2019. Dispõe sobre o auxílio-inclusão de que trata a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, e altera a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, (...) para dispor sobre a reabilitação profissional e a reserva de vagas para a habilitação e a reabilitação profissional. **Diário da Câmara dos Deputados**, 28 nov. 2019, p. 299.

_____. _____. **Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6159, de 2019**. Disponível em:

<<https://www.camara.leg.br/internet/comissao/composicao/56/PL615919.htm>>. Acesso em: 31 ago. 2020.

_____. _____. Emenda ao PL 6.159 nº 1. **Diário da Câmara dos Deputados**, 13 dez. 2019.

_____. Secretaria Especial de Previdência e Trabalho. **Relação Anual de Informações Sociais (RAIS) 2018**. 2018. Disponível em: <<http://pdet.mte.gov.br/images/rais2018/nacionais/3-sumario.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

_____. Secretaria Especial de Direitos Humanos. **A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência comentada**. Coordenação de Ana Paula Crosara de Resende e Flavia Maria de Paiva Vital. 2008. p. 165. Disponível em: <<https://bit.ly/3gI107h>>. Acesso em: 03 ago. 2020.

BRIGATTI, Fernanda. Governo desobriga empresa de cumprir cota para trabalhador com deficiência. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 3 dez. 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/3jyR55Z>>. Acesso em: 11 jun. 2020.

CASTRO, Rogério Alexandre de Oliveira. Cotas de deficiente no setor sucroenergético. In: _____. **Setor sucroenergético e sua adequada regulação: sustentabilidade x viabilidade econômica**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 73-96.

GABRILLI, Mara. **Inclusão profissional**: ferramentas e procedimentos para a contratação de pessoas com deficiências no mercado de trabalho. 2011. Disponível em: <https://www.maragabrilli.com.br/wp-content/uploads/2014/10/inclusao_profissional.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2020.

GENOFRE, Gisele Accarino Martins. **A inclusão social e laboral da pessoa deficiente**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. 140 p.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo Demográfico 2010: características gerais da população, religião e pessoas com deficiência**. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf>. Acesso em 03 ago. 2020.

LANZI, Gabriel Catini. Pessoa com deficiência: compensação para o cumprimento da cota. In: FONSECA, Maria Hemília; CASTRO, Rogério Alexandre de Oliveira. **Laboratório IV: temas do setor sucroenergético**. Ribeirão Preto: Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2019. Cap. 4, p. 51-60.

LEITE, Fernanda Menezes. **Mercado de trabalho e Pessoas com Deficiência: desafios à inclusão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. 224 p.

MELLO, Anahi Guedes de. Deficiência, incapacidade e vulnerabilidade: do capacitismo ou a preeminência capacitista e biomédica do Comitê de Ética em Pesquisa da UFSC. **Ciência e saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 10, p. 3265-3276, Out. 2016. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/csc/v21n10/1413-8123-csc-21-10-3265.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO; MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. **Manifestação sobre o Projeto de Lei nº 6.159/2019**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-mpt.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Mais de um bilhão de pessoas no mundo têm algum tipo de deficiência, informa relatório da ONU.** Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/mais-de-um-bilhao-de-pessoas-no-mundo-tem-algum-tipo-de-deficiencia-informa-relatorio-da-onu/>>. Acesso em: 29 out. 2019.

SCOTON, Luis Eduardo Brito. **A Cota de Reserva Ambiental no Novo Código Florestal Brasileiro: propostas para a efetividade.** 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) - FDRP/USP, Ribeirão Preto, 2016. 193 p.

VENTURA, Luiz Alexandre. Projeto do governo cria contribuição para liberar empresas da cota de pessoas com deficiência. **Estado de São Paulo**, São Paulo, 2 dez. 2019. Disponível em: <<https://brasil.estadao.com.br/blogs/vencer-limites/governo-bolsonaro-quer-ganhar-dinheiro-com-a-exclusao/>>. Acesso em: 11 jun. 2020.

A RESPONSABILIDADE CIVIL TRABALHISTA POR EXPLORAÇÃO DO TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS ÀS DE ESCRAVIDÃO NAS CADEIAS PRODUTIVAS NO BRASIL

THE LIABILITY FOR EXPLORING LABOR IN CONDITIONS ANALOGUE TO SLAVERY IN THE PRODUCTIVE CHAINS IN BRAZIL

*Luana Graciana Silva*³⁹⁹
*Jair Aparecido Cardoso*⁴⁰⁰

RESUMO

O presente artigo objetiva fornecer uma análise acerca das possibilidades de responsabilização das empresas pela incorporação de insumos e produtos em sua cadeia produtiva que foram produzidos a partir da utilização de mão-de-obra escrava. Pretende-se analisar os elementos da caracterização da responsabilidade civil nesses casos e as medidas que podem ser determinadas para coibir essa conduta, a partir do Decreto Federal nº 9.571/2018. Também, objetiva-se verificar quais são os meios processuais adequados para a adequada tutela dos direitos coletivos em questão, com especial atenção para a ação civil pública. Como base metodológica, o artigo se fundamenta em revisão doutrinária em livros e artigos. A partir

³⁹⁹ Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. E-mail: luana.graciana@usp.br.

⁴⁰⁰ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP-USP). Coordenador de do grupo de pesquisa "Transformação do Direito do Trabalho na sociedade pós-moderna e seus reflexos no mundo do trabalho (GEDTRAB FDRP/USP). E-mail: jaircardoso@usp.br..

disso, pretende-se avaliar a eficácia dos meios de proteção aos direitos humanos trabalhistas no âmbito das cadeias produtivas atualmente no Brasil.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Direitos humanos. Responsabilidade civil. Trabalho escravo. Cadeiaprodutiva.

ABSTRACT

This article aims to provide an analysis of the possibilities of companies' liability for the incorporation of inputs and products in their production chain that were produced from the use of slave labor. It is intended to analyze the elements of the characterization of civil liability in these cases and the measures that can be determined to forbid this conduct. It also aims to verify what are the appropriate procedural means for the adequate protection of the collective rights in question, with special attention to class action. As a methodological basis, the article is based on doctrinal revision in books and articles. Based on this, it is intended to evaluate the effectiveness of the means of protecting human labor rights in the scope of the production chains currently in Brazil.

Keywords: Labor Law. Human rights. Civil liability. Slavery. Productive chain.

INTRODUÇÃO

O trabalho em condições análogas às de escravidão constitui um problema social, relacionado com violações de direitos humanos. No âmbito das cadeias produtivas, o aumento das etapas dos processos de produção gera a ausência de controle e de possibilidade de fiscalização sobre as condições laborais a que os trabalhadores estão submetidos.

O ordenamento jurídico brasileiro não possui, atualmente, regulamentação específica relacionada à responsabilização de

empresas pela exploração de trabalhadores em condições análogas às de escravo na cadeia produtiva, sendo que a regulação acerca da observância dos direitos humanos nas cadeias produtivas é dada pelo Decreto Federal nº 9.571/2018 (BRASIL, 1988). Em alguns países há regulamentação para que as empresas adequem suas condutas, na medida do possível, no sentido de evitar que incorporem em sua produção produtos oriundos da exploração de trabalho em condições de escravidão, mas no sistema normativo nacional ainda não há legislação nesse sentido.

A especificação das condutas que devem ser adotadas pelas empresas em relação aos direitos trabalhistas em suas cadeias produtivas é dada, geralmente, pela atuação do MPT, por via dos termos de ajustamento de conduta (TAC) e das ações coletivas, com fundamento na Lei nº 7.347/1985 (BRASIL, 1985), que regula a Ação Civil Pública.

Dessa forma, a tutela dos direitos humanos envolvidos se dá, principalmente, por via dos instrumentos do processo coletivo, mediante utilização da Ação Civil Pública como instrumento processual adequado para promover a responsabilização coletiva, sendo que o Decreto nº 9.571/2018 fornece a base normativa para a imputação de responsabilidade das empresas que, antes, era principiológica, fundada no respeito aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Assim, o presente estudo busca aferir as implicações jurídicas de tais condutas praticadas pelas empresas no âmbito trabalhista e a fundamentação jurídica utilizada pelo Judiciário para atribuir ou não responsabilidade às empresas que incorporam à sua cadeia produtiva materiais obtidos a partir da exploração do trabalho escravo.

1 NORMAS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS TRABALHISTAS

A proibição do trabalho escravo, atualmente, é dada por diversos instrumentos internacionais e pela legislação interna de cada país. Nesse sentido, a Declaração Universal de Direitos Humanos estabelece, em seu art. 4º, que “ninguém será mantido em escravidão ou em servidão” (ONU, 1948).

A Convenção nº 29 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil, por sua vez, utiliza a expressão “trabalho forçado ou obrigatório” para designar “todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente” (OIT, 1930).

Importa salientar que, conforme preleciona Carlos Henrique Bezerra Leite (2005), a escravidão moderna se consubstancia na “ausência de liberdade em se poder alcançar uma vida digna”, o que gera “a privação de sua dignidade e a perda da cidadania.

No ordenamento jurídico brasileiro a proteção conferida aos trabalhadores em relação ao trabalho degradante encontra amparo na Constituição Federal (BRASIL, 1988), que estabelece como direitos dos trabalhadores urbanos e rurais aqueles que visem à melhoria de sua condição social, dentre os quais se incluem a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”, nos termos do art. 7º, inciso XXII.

Da mesma forma, o art. 157, inciso I, da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943) prevê que “cabe às empresas cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho”.

Outrossim, o Código Penal brasileiro (BRASIL, 1940), em seu art. 149, contém os parâmetros para identificar o trabalho em condições análogas às de escravidão:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.

Portanto, pela legislação brasileira, “o trabalho em condições análogas à de escravo constitui gênero que tem como espécies o trabalho forçado, em condições degradantes e o realizado em jornada exaustiva” (LEITE, 2005), devendo ser combatido em todas as suas espécies mediante atuação ativa das instituições do Estado, de modo que a responsabilização de entes empresariais pela exploração desse tipo de trabalho, ainda que de forma indireta, é essencial para a garantia dos direitos humanos trabalhistas.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL TRABALHISTA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

A responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro é regulada pelo Código Civil brasileiro (BRASIL, 2002), que prevê o sistema de responsabilidade subjetiva como regra e o de responsabilidade objetiva nos casos previstos em lei, sendo o pressuposto básico a violação de um dever jurídico preexistente (CAVALIERI FILHO, 2012).

Os artigos 186 e 927 do diploma civil (BRASIL, 2002) dispõem acerca dos elementos da responsabilidade civil subjetiva, quais sejam, a violação de um dever jurídico (ato ilícito), o dano, o

nexo de causalidade e a culpa *lato sensu*, sendo que a responsabilidade objetiva prescinde do elemento subjetivo.

A conduta omissiva, por sua vez, é relevante juridicamente apenas quando há dever de agir para impedir determinado ato antijurídico (CAVALIERI FILHO, 2012), tal como é o caso das relações juslaborativas, em que há um dever de atuação para a redução dos riscos inerentes ao trabalho e de vigilância das condições de saúde e de segurança a que os trabalhadores estão submetidos.

No âmbito trabalhista, a responsabilidade civil é regida pelas normas gerais e pelos princípios que permeiam as relações justrabalhistas. Conforme assevera Maurício Godinho Delgado (2019), há uma tendência à objetivação da responsabilidade empresarial, com fundamento no parágrafo único do art. 927 do Código Civil (BRASIL, 2002), segundo o qual a responsabilidade independe de culpa quando a atividade normalmente desenvolvida implicar risco para os direitos de outrem. A respeito, o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2019) decidiu que é constitucional a imputação da responsabilidade civil objetiva do empregador por danos ao empregado em atividades de risco.

Nesse sentido, a responsabilização objetiva na esfera laboral é fundado na teoria do risco, nas modalidades risco profissional e risco proveito. Segundo Sérgio Cavalieri Filho (2012), a teoria do risco profissional “sustenta que o dever de indenizar tem lugar sempre que o fato prejudicial é uma decorrência da atividade ou profissão do lesado”, criada com a finalidade de garantir a reparação do dano em casos de acidentes de trabalho, independentemente de culpa do empregador. Já pela teoria do risco proveito, “responsável é aquele que tira proveito da atividade danosa, com base no princípio de que, onde está o ganho, aí reside o encargo”.

Contudo, na ausência de atividade de risco e tendo em vista a insuficiência de mecanismos legais para responsabilizar as empresas por violações a direitos trabalhistas na cadeia produtiva, outras teorias vêm sendo aplicadas (TEIXEIRA, 2018).

3 A RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS PELA EXISTÊNCIA DE TRABALHO ESCRAVO NAS CADEIAS PRODUTIVAS

Segundo conceituação do Ministério da Economia (2017), cadeia produtiva “é o conjunto de atividades que se articulam progressivamente desde os insumos básicos até o produto final, incluindo distribuição e comercialização”. Trata-se do conjunto de etapas necessárias para a produção de determinado bem, envolvendo diversas empresas, que, em geral, não tem o controle sobre as condições de produção dos insumos e produtos destinados ao seu fornecimento.

O padrão produtivo tem sido alterado atualmente, a partir da globalização, criando etapas de produção em diversos locais (LEÃO; VASCONCELLOS, 2015), distantes das empresas que receberão os produtos e insumos para incorporação em seu processo produtivo. Disso decorre a ausência ou diminuição da vigilância e controle sobre o trabalho empregado para se obter determinado insumo ou produto.

A existência de cadeias produtivas extensas, com o envolvimento de diversos entes empresariais, gera dificuldades concernentes à fiscalização das condições de trabalho e à adoção de medidas para a melhoria do ambiente laboral.

Contudo, isso não constitui impedimento para a adequação da conduta das empresas no sentido de providenciar todos os

instrumentos possíveis para coibir a utilização de produtos advindos de fornecedores que perpetrem violações de direitos humanos trabalhistas.

Nesse sentido, visando responsabilizar as empresas pela cadeia produtiva, o Decreto Federal nº 9.571/2018 (BRASIL, 2018) dispõe sobre as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos, tratando da responsabilidade das empresas com o respeito aos direitos humanos.

O Decreto estabelece incumbências às empresas, mas não especifica as condutas que devem ser adotadas para atingir o objetivo da lei de garantir a observância dos direitos humanos. Nesse sentido, disciplina que compete às empresas:

- i) monitorar o respeito aos direitos humanos na cadeia produtiva vinculada à empresa (art. 5º, inciso I);
- ii) adotar procedimentos para avaliar o respeito aos direitos humanos na cadeia produtiva (art. 9º, inciso III);
- iii) adotar medidas de garantia de transparência ativa, com divulgação de informações relevantes, de documentos acessíveis às partes interessadas, quanto aos mecanismos de proteção de direitos humanos e de prevenção e de reparação de violações de direitos humanos na cadeia produtiva (art. 11). (BRASIL, 2018)

Nesses termos, as empresas devem adotar condutas que sejam aptas e efetivas a garantir o respeito aos direitos humanos de forma permanente, a fim de evitar que ocorram violações a esses direitos no âmbito das cadeias produtivas.

Disso é possível extrair que a norma encontra fundamento no *due diligence*, originado do direito comercial da *common law*, que traduz a ideia de que os que atuam no comércio devem agir com

diligência devida nas práticas comerciais, por um pressuposto de ética (CASAGRANDE, 2019).

Outrossim, no âmbito do Judiciário, a responsabilização por violações de direitos humanos trabalhistas na cadeia produtiva vem sendo fundamentada por diversos critérios, antes mesmo da edição do Decreto suprarreferido. Conforme destaca o Centro de Direitos Humanos e Empresas da Fundação Getúlio Vargas (2017), as decisões judiciais nesse sentido foram embasadas nos critérios de i) grau de influência ou dependência econômica entre as empresas; ii) a exclusividade da produção; iii) mesma finalidade econômica; iv) mesma cadeia de produção; v) ausência ou presença de inspeções para verificação das condições de trabalho nas empresas contratadas; vi) a vantagem econômica a partir do uso de trabalho escravo.

Destaca-se também como fundamento de imputação de responsabilidade a aplicação do princípio da alteridade, que permeia o direito do trabalho, consistente na imposição à exclusiva responsabilidade do empregador dos ônus oriundos da atividade empresarial, ou seja, a empresa assume todos os riscos da atividade econômica (DELGADO, 2019).

Merece destaque, ainda, a aplicação de releitura do conceito tradicional de subordinação para fundamentar a responsabilidade trabalhista em cadeias produtivas, como os conceitos de subordinação estrutural e da subordinação objetiva. Segundo Maurício Godinho Delgado (2019), a subordinação estrutural consiste na inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de serviços, acolhendo a forma de organização e funcionamento, enquanto a subordinação objetiva é a que se manifesta pela integração do trabalhador nos fins e objetivos do empreendimento do ente empresarial. Tais teorias atendem aos

objetivos de garantia das condições de trabalho em um contexto de flexibilização (DELGADO, 2019).

Dessa forma, verifica-se que a maiorias critérios estabelecidos “levam em consideração a complexidade dos negócios e a capacidade econômica da empresa como fundamento para um dever de fiscalização” (CDHE, 2017).A identificação do poder econômico relevante em uma cadeia produtiva constitui medida eficaz para a imputação de responsabilidade a determinado ente empresarial, visando o combate ao trabalho escravo (MELO et. al., 2015). Isso porque, conforme salienta Luís Antônio Camargo Melo (2015), a responsabilidade jurídica é pautada pelo princípio da melhoria contínua, com foco em obrigações de resultado, o que conduz à objetivação da responsabilidade, de modo que o ente empresarial que detém maior poder sobre a cadeia será aquele sobre o qual recairá a responsabilização.

Portanto, o Decreto supracitado trouxe a base normativa para a imputação de responsabilidade pelas condições de trabalho na cadeia produtiva, que antes era embasada em diversos critérios desenvolvidos no âmbito da Justiça do Trabalho e do Ministério Público do Trabalho com o objetivo de garantir a observância dos direitos humanos trabalhistas. Contudo, ainda subsiste a necessidade da determinação de medidas específicas destinadas a coibir a exploração do trabalho escravo nesses casos, quando as empresas não adotem voluntariamente técnicas de vigilância da cadeia produtiva.

4 O PROCESSO COLETIVO COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS TRABALHISTAS

As violações a direitos humanos trabalhistas nas cadeias produtivas produzem danos não apenas na esfera individual dos trabalhadores atingidos, mas também na esfera coletiva, por atingir os valores da sociedade e constituir ofensa às normas de proteção do ordenamento juslaboral brasileiro, ou seja, produz lesão a interesses sociais.

Nesse sentido, segundo Teori Zavascki (2017),

a lesão a certos direitos individuais homogêneos pode assumir tal grau de profundidade ou extensão que acaba comprometendo também interesses sociais.

As medidas destinadas à tutela coletiva encontram amparo na Lei nº 7.347/85 (BRASIL, 1985), que disciplina a ação civil pública, instrumento judicial cabível para a reparação de danos causados à coletividade, de ordem moral e/ou material - tutela ressarcitória, ou visando a adequação da conduta da empresa demandada mediante condenação ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer - tutela inibitória.

A via da ação coletiva trabalhista no ordenamento justralhista brasileiro funciona como um instrumento de efetivação de alguns direitos, cujas formas de garantia não estão positivadas na legislação vigente. No contexto da existência de trabalho escravo nas cadeias produtivas, a ação civil pública permite desestimular as condutas sociais indesejáveis das empresas que não exercem vigilância sobre as condições laborativas em sua cadeia produtiva (LEITE, 2005), além de garantir que bens produzidos a partir de violações a direitos humanos não cheguem no mercado.

Nesse sentido, a atuação do Ministério Público do Trabalho (MPT) como legitimado ativo nessas ações é essencial para a defesa dos direitos coletivos trabalhistas, com fundamento no art. 127 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que atribui ao *Parquet* a incumbência de defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais.

A atuação *Parquet* trabalhista também é imprescindível para a resolução das demandas de forma extrajudicial, eis que poderá firmar termo de ajustamento de conduta com as empresas para fins de adequação da conduta às exigências legais, nos termos do art. 5º, § 6º, da Lei da Ação Civil Pública, caso em que a demanda não precisará ser judicializada, além de possibilitar a reparação do dano de forma célere.

No âmbito do compromisso, o MPT pode propor à empresa que se comprometa ao cumprimento de determinadas medidas necessárias a garantir a efetividade da proteção conferida pela legislação aos trabalhadores. Há, assim, uma margem de liberdade e criatividade do órgão ministerial para a definição dessas medidas, especificando as condutas adequadas à situação fática e às possibilidades do ente empresarial.

E, conforme preleciona Carlos Henrique Bezerra Leite (2005), em se tratando da defesa dos interesses e direitos indisponíveis dos trabalhadores em condições de escravidão, a legitimação do MPT é ilimitada, eis que se trata de direitos indisponíveis, relacionados com a dignidade da pessoa humana, cuja defesa constitui missão institucional do órgão ministerial.

Conclui-se, portanto, que a tutela coletiva tem o potencial de impor ao empregador o cumprimento de obrigações de fazer e não fazer destinadas a garantir a efetividade da proteção aos direitos trabalhistas no contexto das cadeias produtivas.

CONCLUSÃO

A existência de trabalhadores em condições análogas às de escravidão nas cadeias produtivas constitui situação de violação aos direitos humanos protegidos por normas constitucionais e internacionais. Portanto, trata-se de situação cuja regulação pelos ordenamentos jurídicos constitui meio de coibir a exploração desse tipo de trabalho.

No Brasil, não há legislação específica para regular as condutas necessárias para garantir a observância de direitos trabalhistas no âmbito das cadeias de produção. Entretanto, a proteção contra violações de direitos humanos de forma geral é dada por via de decreto federal, que fornece a base normativa para a imputação de responsabilidade de empresas que não adotem medidas para impedir a incorporação de insumos e produtos obtidos a partir de utilização de trabalho escravo em seus processos produtivos.

Nesse contexto, os instrumentos do processo coletivo constituem meios adequados e essenciais para promover a adequação da conduta dos entes empresariais e a sua responsabilização pela violação de direitos humanos trabalhistas na cadeia produtiva, mediante pedidos de tutela inibitória e ressarcitória.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoco mpilado.htm>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, RJ, 07 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Decreto nº 9.571, de 21 de novembro de 2018. Estabelece as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 nov. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Decreto/D9571.htm>. Acesso em: 01 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 nov. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm>. Acesso em: 01 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 02 ago. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia. **Conceituação**. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/index.php/competitividade-industrial/acoes-e-programas-11/conceituacao>>. Acesso em: 02 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão de decisão que negou provimento a recurso extraordinário para declarar constitucional a

responsabilidade civil objetiva do empregador por danos ao empregado em atividades de risco. **Recurso Extraordinário nº 828.040**. Protege S/A e Marcos da Costa Santos. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. 05 set. 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4608798>>. Acesso em: 03 ago. 2020.

CASAGRANDE, Cássio. **Holanda obriga empresas a checar cadeias produtivas contra o trabalho infantil**. O mundo fora dos autos. Jota, 08 jul. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/holanda-obriga-empresas-a-quecar-cadeias-produtivas-contra-o-trabalho-infantil-08072019>>. Acesso em: 03 ago. 2020.

LEÃO, Luís Henrique da Costa; VASCONCELLOS, Luiz Carlos Fadel de. Cadeias produtivas e a vigilância em saúde, trabalho e ambiente. **Revista Saúde e Sociedade**, São Paulo, v. 24, n. 4, p. 1232-1243, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CENTRO DE DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (CDHE). **Implementando os princípios orientadores sobre empresas e direitos humanos da ONU: o dever do Estado de proteger e a obrigação das empresas de respeitar os direitos humanos**. Brasília, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A ação civil pública e a tutela dos interesses individuais homogêneos dos trabalhadores em condições

análogas à de escravo. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v.71, n. 2, p. 146-173, maio/ago. 2005.

MELO, Luís Antônio Camargo; et. al. O novo Direito do Trabalho: a era das cadeias produtivas. Uma análise do Protocolo Adicional e da Recomendação Acessória à Convenção 29 da OIT sobre Trabalho Forçado ou Obrigatório. In: **Estudos aprofundados MPT**. v. 2. Salvador: JusPODIVM, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: <<https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>>. Acesso em: 28 jul. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção nº 29**. Genebra, 1930. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235021/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 28 jul. 2020.

TEIXEIRA, Bárbara Bittar. **Direitos humanos e empresas: a responsabilidade por exploração de trabalhadores em condições análogas à de escravo nas cadeias produtivas da indústria têxtil**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, 2018.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

AS MEDIDAS DE COMBATE À ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA NO BRASIL

MEASURES AGAINST CONTEMPORARY SLAVERY IN BRAZIL

*Jair Aparecido Cardoso*⁴⁰¹

*Luísa Henares Rangel*⁴⁰²

RESUMO

A Lei Áurea, sancionada em 13 de maio de 1888, aboliu a escravidão no Brasil. Entretanto, dados demonstram que há inúmeras pessoas trabalhando em condições análogas à de escravo nos dias atuais. Este trabalho tem o seu foco em elencar e analisar as ferramentas existentes no ordenamento jurídico brasileiro, bem como no âmbito administrativo, para se coibir a prática do trabalho escravo nesse país. O presente artigo apresentará metodologia bibliográfica, baseada em livros, artigos e teses de conclusão de curso, bem como em relatórios e estatísticas, enquanto o método utilizado será o hipotético dedutivo. Diante dos estudos realizados, conclui-se que há diversas ferramentas de combate ao trabalho escravo, embora muitas vezes se mostrem ineficazes.

Palavras-chave: Escravidão contemporânea. Medidas de combate.

ABSTRACT

The Golden Law, enacted on May 13, 1888, abolished slavery in

401 Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP-USP). Coordenador de do grupo de pesquisa "Transformação do Direito do Trabalho na sociedade pós-moderna e seus reflexos no mundo do trabalho (GEDTRAB FDRP/USP). E-mail: jaicardoso@usp.br

402 Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela FDRP-USP. E-mail: lhenaresrangel@gmail.com

Brazil. However, data demonstrates that there are countless people working under conditions similar to that of slavery today. This work is focused on listing and analyzing the existing tools in the Brazilian legal system, as well as administrative scope to curb the practice of slave labor in that country. This article will present a bibliographic methodology, based on books, articles and course completion theses, as well as reports and statistics, while the hypothetical deductive method will be used. In view of the studies carried out, it is concluded that there are several tools to combat slave labor, although they are often ineffective.

Keywords: Contemporary slavery. Combat measures.

INTRODUÇÃO

A Lei Áurea, sancionada em 13 de maio de 1888, aboliu a escravidão no Brasil, erradicando o direito de propriedade de uma pessoa sobre outra.

Entretanto, o sistema econômico atual visa a lucros cada vez maiores no processo de produção, o que muitas vezes comina na exploração do trabalho alheio e, em condições extremas, na sujeição de um ou vários seres humanos a condições de trabalho análogas às da escravidão.

Tal prática é configurada como crime em nosso ordenamento jurídico, uma vez que atenta contra os direitos fundamentais do homem.

O presente estudo visa analisar as medidas de combate ao trabalho escravo contemporâneo existentes no Brasil, seja de ordem jurídica ou administrativa, iniciando-se com um resgate histórico, abrangendo as primeiras formas de trabalho até à efetiva abolição do trabalho escravo no Brasil e suas consequências nas relações de trabalho atuais.

Ainda, serão abordadas as principais ferramentas utilizadas no combate ao trabalho em condições análogas à de escravo no país, o qual vem persistindo através do tempo na sociedade brasileira.

Por derradeiro, pretende-se chegar a conclusão analítica sobre mencionadas ferramentas e se elas são suficientes e eficazes para se alcançar a erradicação ao trabalho análogo ao escravo que ainda existe no Brasil.

1. PERSPECTIVA HISTÓRICA

A escravidão foi trazida ao Brasil pela colonização europeia. Aquino et al. (2001) alegam que os portugueses primeiramente tentaram utilizar a mão-de-obra indígena no cultivo da cana-de-açúcar. Contudo, não tiveram êxito, “[...] seja pela forte resistência oferecida pelos jesuítas que se dedicavam à catequização dos silvícolas, seja porque era difícil a sua captura, seja, ainda, pela redução dessa população, devastada que foi pelos germes trazidos pelo homem branco” (p.115-116).

Tal fator foi determinante na opção pela utilização de mão de obra escrava negra no Brasil e de inserir o país na rota do tráfico de escravos.

Nesse sentido, Holanda (2004) aduz que se formaram grandes fortunas forjadas no tráfico negreiro e que elas eram, em sua maioria, lusitanas e não brasileiras. Assim, não havia qualquer interesse dos portugueses em mudar essa situação, que perdurou por mais de sessenta anos após a independência do Brasil, em 1822, até a abolição completa da escravatura.

Conforme explana Prado (2001, p.172), a produção, no período imperial, era toda fundamentada no escravismo, o que aumentava sobremaneira os lucros auferidos, conforme se lê abaixo:

“[...] sob a égide do escravismo, que proporcionava alta lucratividade e, por isto, era impossível se empreender a defesa ou sequer concordar com argumentos em prol dos direitos individuais à liberdade”.

Portanto, foi apenas com o desenvolvimento do Iluminismo e suas ideias que os movimentos em prol da igualdade de todos os seres humanos perante a lei começaram a crescer no mundo. Todavia, com a exceção da Conjuração Baiana, não houve movimentos. A primeira Constituição do país nem sequer menciona os escravos como seres humanos. Entretanto, os princípios liberais nela contidos proporcionaram a “formação de uma consciência crítica em relação ao sistema escravista” (COSTA, 1988, p.19).

Consoante Nogueira (2001, p.14), a mencionada Constituição foi importante historicamente em relação à abolição da escravatura “por ter assegurado a evolução nos aspectos políticos, econômicos e sociais, como a extinção do tráfico de escravos, o início da industrialização e, até mesmo, a Abolição em 1888”.

Declarada a independência de seu colonizador, o Brasil foi tomado por idéias liberais, ainda que sua sociedade ainda se beneficiasse do sistema escravagista.

Necessário ponderar que a legitimação da escravidão no Brasil não era baseada somente na restrição da liberdade, e sim no direito de propriedade, uma vez que os escravos eram considerados propriedade de seus “donos”.

Para se exemplificar tal pesamento, transcreve-se o artigo 179, da Constituição Imperial de 1824:

Art. 179. A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

Nenhum cidadão pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei.

....

13. A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.

....

19. Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as mais penas cruéis.

....

22. É garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público, legalmente verificado, exigir o uso e emprego da propriedade do cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela. A lei marcará os casos em que terá lugar esta única exceção, e dará as regras para se determinar a indenização.

Assim, note-se que os escravos eram considerados coisas e não pessoas, tratados pelo direito como “res”, e portanto, sujeitos a serem propriedade de alguém.

Consoante explicita Carvalho (2003), apesar de a lei contra o tráfico ter sido editada em 1831, seguiu-se com o fluxo de escravos ao Brasil, ocasionando tensões entre escravagistas e abolicionistas.

Nesse interim, a Inglaterra condicionou o reconhecimento da independência do Brasil à abolição da escravatura, muito mais por questões financeiras do que ideais, uma vez que a utilização de mão-de-obra escrava na agricultura tornava os produtos brasileiros mais baratos.

Assim, os ingleses, em afronta à soberania nacional, invadiram portos brasileiros e afundaram diversos navios por volta de 1850, o que culminou na aprovação da Lei Euzébio de Queiroz, cujo teor abolia terminantemente o tráfico e criava punições a quem o fizesse.

Em 1871, foi aprovada a “Lei do Ventre Livre”, que libertava os nascituros negros a partir de então.

Conforme Valladão (1977), em 1885 foi aprovada a “Lei dos Sexagenários”, com o objetivo da extinção gradual da servidão, à medida que a população escrava fosse envelhecendo.

Após diversos anos de influência iluminista, a Lei Áurea foi sancionada, decretando a abolição da escravatura em 13 de maio de 1888, cujo texto se restringia aos dois artigos a seguir transcritos: “Art. 1º - É declarada extinta a escravidão. Art. 2º - Revogam-se as disposições em contrário.”

Assim, os escravos foram libertados gradativamente no Brasil. Em um primeiro momento libertou-se os nascituros, para posteriormente libertar-se os sexagenários e, por derradeiro, todos os escravos foram considerados como seres humanos e deixaram de ser considerados meros objetos e propriedades

Todavia, ainda que tenha havido uma gradação na libertação dos escravos brasileiros, nenhuma assistência lhes foi concedida, sendo abandonados à miséria completa, sem qualquer planejamento social e econômico, sem qualquer inserção social ou qualquer acesso à educação.

Tal situação muitas vezes os levavam a continuar trabalhando para os mesmos senhores de escravos que antes lhes “possuíam”.

Note-se que esses fatores são os mesmos que levam as pessoas a se submeterem ao trabalho análogo ao escravo hodiernamente.

Assim, observa-se que o trabalho escravo deixou marcas profundas na formação social, cultural e política do país e, principalmente, nas relações de trabalho, em que a classe dominante continua a exercer o seu poder sobre os economicamente mais frágeis, o que representa uma afronta à própria Constituição Federal.

2. CONCEITO DE TRABALHO ESCRAVO

Segundo Brito Filho (2014), o trabalho escravo é uma prática que vem desafiando, ao longo dos tempos, em todo o mundo, a sociedade e o Estado, sendo manejada até hoje, de maneira injustificável, em diversas partes do planeta.

No Brasil, apesar dos esforços para sua eliminação, essa prática constitui conduta ainda encontrada não apenas no meio urbano, mas, principalmente, no meio rural, preferencialmente em lugares onde a presença do Estado não ocorre com a devida intensidade.

Brito Filho (2014) explica que, nos termos da lei (art. 149 do Código Penal), a denominação própria para o ato ilícito em gênero é “[...] trabalho em condições análogas à de escravo” (p.30). É uma terminologia mais adequada, tendo em vista que o que acontece nessa prática é a utilização do trabalhador em condições que se assemelham à escravidão, e não esta em si, que é juridicamente proibida.

Entretanto, nada impede que se utilize a expressão de forma reduzida, ou seja, trabalho escravo,

[...] pois, não sendo a escravidão, prática admitida pelo ordenamento jurídico, não se pode admitir que a pessoa humana, mesmo em razão da conduta ilícita de outrem, possa vir a ser escrava; no máximo, Eloá estará em condição análogo à de escravo (FRANCO FILHO, 2003, p.9).

É importante não confundir trabalho em condições análogas à de escravo ou, simplificada, trabalho escravo, e trabalho forçado, que é a denominação utilizada pela Organização Internacional do Trabalho. No Brasil, o trabalho forçado é uma das espécies de trabalho escravo.

Brito Filho (2014) salienta que há diversos instrumentos internacionais a respeito do trabalho escravo, e que o Brasil os ratifica, quando é o caso. É essencial compreendê-los adequadamente e conseguir fazer a relação entre a legislação interna e os instrumentos normativos internacionais.

O Direito Internacional repudia veementemente a sujeição extremada de um ser humano a outro, qualquer que seja a sua forma, pela escravidão, por condições assemelhadas à escravidão, pela servidão em qualquer de suas formas. Sobre isto, Timóteo (2013, p.121) afirma que “[...] há um consenso na comunidade internacional: a proibição da escravidão alcançou status de norma imperativa de Direito Internacional geral”. Dessa forma, o que faz com que se reconheça sua inderrogabilidade, nos termos do art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.

[...] a proibição do trabalho escravo é absoluta no Direito Internacional dos Direitos Humanos, não contemplando qualquer exceção. Vale dizer, em nenhum caso poderão invocar-se circunstâncias excepcionais, como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, como justificativa para o tratamento escravo. Tal proibição integra o *jus cogens*, que é o direito cogente e inderrogável no âmbito internacional. Tal como o direito de não ser submetido à tortura, o direito a não ser submetido à escravidão é um direito absoluto, insuscetível de qualquer relativização ou flexibilização, a não permitir qualquer juízo de ponderação (PIOVESAN, 2006, p. 161-162).

Portanto, não há qualquer condicionante ou implementação progressiva que signifique, ainda, alguma tolerância com o trabalho escravo.

2.1. Princípio da dignidade da pessoa humana

O art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988 consolida a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito.

A Carta Magna tem papel essencial na valorização do indivíduo ao elevar os direitos do trabalhador e a dignidade da pessoa humana ao status de direitos fundamentais, constitucionalmente garantidos.

[...] a perspectiva da Constituição Federal de 1988 é a de defesa e garantia dos direitos dos cidadãos, com base numa concepção ampliada dos Direitos Humanos, estabelecendo o compromisso do Estado, da sociedade e do Governo de zelar por tais direitos (DELGADO, 2006, p.80).

O art. 3º do texto constitucional preceitua como objetivos fundamentais da República Federativa Brasileira: a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização; e a redução das desigualdades sociais e regionais.

A Constituição Federal estabelece, também, ser dever do Estado a promoção do bem-estar de todas as pessoas, livres de preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação.

[...] a dignidade da pessoa humana concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte

das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas, sempre, sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (MORAES, 2006, p.16).

Ou seja, a dignidade da pessoa humana constitui princípio, fundamento e objetivo do Estado brasileiro. É o valor supremo sobre o qual se edifica a sociedade brasileira, englobando todos os ramos do Direito, além de influir nas condutas humanas particulares, sendo, portanto, objeto que deve ser contemplado pelos legisladores e pelos intérpretes da lei.

Dessa forma, segundo explica Delgado (2006), a vedação ao trabalho em condições análogas à de escravo não pode basear-se simplesmente na afronta ao princípio da liberdade do trabalhador de ir e vir, e/ou de livre escolha, mas, sim, no desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Kant (1995) afirma que os seres racionais estão submetidos a um imperativo categórico que determina que cada um deles jamais trate a si mesmo ou aos outros simplesmente como meios, mas sempre, simultaneamente, como fins em si.

Sarlet (2007) explica que a capacidade de autodeterminação do ser humano não depende de efetiva realização, haja vista se tratar de uma capacidade potencial. Assim, afirma que, também, o absolutamente incapaz possui a mesma dignidade que qualquer outra pessoa humana

[...] a dignidade da pessoa humana, compreendida como vedação da instrumentalização humana, em princípio, proíbe a completa e egoística disponibilização do outro, no sentido de que se está a utilizar outra pessoa apenas como meio para alcançar

determinada finalidade, de tal sorte que o critério decisivo para a identificação de uma violação da dignidade passa a ser (pelo menos em muitas situações, convém acrescer) o do objetivo da conduta, isto é, a intenção de instrumentalizar (coisificar) o outro (SARLET, 2007, p.52).

É essa intenção de coisificar o ser humano que se percebe no trabalho em condições análogas à de escravo. Nesse caso, a subjugação de uma pessoa ao poder de outra, “[...] que a utiliza como mero objetivo para a consecução de lucro representa evidente violação do princípio da dignidade da pessoa humana” (MIRAGLIA, 2015, p.66).

É importante saber que o Estado Democrático brasileiro é um Estado de abertura constitucional baseado no princípio da dignidade do ser humano. Não é demais lembrar que é o Estado que existe em função da pessoa humana e não o contrário, considerando-se que o ser humano constitui a finalidade precípua e não o meio da atividade estatal.

Brito Filho (2014) conclui que a dignidade da pessoa humana é patente, sustenta a existência de todos os direitos fundamentais previstos no texto constitucional, e revela que o ordenamento jurídico está construído para a proteção dos direitos básicos, essenciais, dos seres humanos, entre eles os previstos para a proteção daqueles que vivem de sua força de trabalho.

3. TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL DE HOJE

Miraglia (2015) relembra o já dito no capítulo anterior, que o homem é um fim em si mesmo e, portanto, é inadmissível a sua coisificação, portanto, considerando que o direito pátrio tem seu

fundamento em princípios como a valorização do trabalho e o da dignidade da pessoa humana, a mercantilização do trabalhador é proibida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Castro (2000, p.139) explica essa mercantilização, como “[...] existência de mero intermediário que, sem assumir os riscos da atividade econômica, interpõe-se entre o trabalhador e a empresa contratante”. Ou seja, é o comércio de trabalhadores. Explicando melhor: o intermediário coloca à disposição do tomador de serviços de terceiro, auferindo seu lucro, tão somente, da exploração da mão de obra deste, o que caracteriza fraude ao direito material do Trabalho, incidindo a aplicação do art.9º da Consolidação das Leis do Trabalho.

[...] pode-se afirmar, então, que a mera interposição de mão de obra, é vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, devendo ser combatida, pois é incompatível com o princípio da dignidade humana. Nesse sentido, essa circunstância, assim como todas as demais que reduzem o homem-trabalhador a mero objeto, caracteriza o labor em condições indignas (MIRAGLIA, 2015, p.120).

Entende-se, com isto, que o trabalho não violará o homem enquanto fim em si mesmo, desde que prestado em condições dignas. Como afirma Delgado (2006), o valor da dignidade deve ser o sustentáculo de qualquer trabalho humano. “Onde o direito ao trabalho não for minimamente assegurado, não haverá dignidade humana que sobreviva e que a proteção conferida pela Constituição de 1988 refere-se ao trabalho digno” (p.207).

Sem perspectivas de melhorar suas condições, o homem do campo fatalmente irá aceitar qualquer oferta em que possa vislumbrar a chance de melhorar sua vida e de sua família. É aí que entra a figura do “gato”, pessoa que atrai o trabalhador para exercer funções em outras localidades, com falsas promessas de excelentes salários e

acomodações. É o intermediador da mão-de-obra entre o empregado e o empregador, que arregimentará mão-de-obra para trabalhar como escravo.

Os chamados “gatos” são empreiteiros ou prepostos incumbidos de aliciar trabalhadores para laborar, na maioria das vezes, em lugares muito distantes do local de origem e, normalmente, de difícil acesso. Geralmente são pessoas de grande poder de convencimento, e procuram persuadir os trabalhadores com falsas promessas de benefícios, tentando camuflar a realidade. Segundo observação de Sutton (apud SENTO-SÉ, 2001, p. 44):

[...] estes homens chegam com um caminhão a uma área afetada pela depressão econômica e vão de porta em porta ou anunciam pela cidade toda que estão recrutando trabalhadores. Às vezes usam um altofalante, ou o sistema de som da própria cidade. [...] em muitos casos, tentam conquistar a confiança dos recrutados potenciais, trazendo um peão, que pode já ter trabalhado para eles, para reunir uma equipe de trabalhadores. O elemento de confiança é importante, e sua criação é favorecida pela capacidade que tem o gato de dar uma imagem sedutora ao trabalho, das condições e do pagamento que esperam os trabalhadores.

Normalmente o aliciador adianta uma pequena parte em dinheiro ao trabalhador, para atender de imediato às necessidades mais básicas de sua família. Começa, então, a dívida do trabalhador, ainda no início, antes de sua partida para o futuro local de trabalho. O próprio transporte poderá ser cobrado posteriormente do aliciado. O empreiteiro fará paradas estratégicas em prostíbulos e bares, assim como em hotéis para descanso dos mesmos, tudo às custas dos trabalhadores, que verão sempre aumentar as suas dívidas.

Brito Filho (2014) menciona o art. 149 do Código Penal, embora, na prática, não seja comum que a responsabilidade pelo ato

seja somente de uma única pessoa. Esse autor cita o exemplo dos trabalhadores que são submetidos a condição análoga à de escravos nas fazendas, para a prática de atos como a limpeza de pastos. É possível ver que, normalmente, há diversas pessoas que ocupam a condição de sujeitos ativos do ilícito. Há o ‘gato’ que, além de arremeter os trabalhadores, controla o trabalho; há o capataz ou gerente da fazenda, que contrata o ‘gato’ para arremetimento de pessoal para que o serviço seja prestado, e há o proprietário, real tomador dos serviços, que torna possível toda essa relação e se beneficia dos serviços prestados de forma análoga à escravidão.

Nesse caso, são várias pessoas envolvidas e cada uma delas deve responder pelo crime, na medida de sua culpabilidade, que determinará a incidência da pena, como prescreve o artigo 29, do Código Penal. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

Segundo Miraglia (2015), atualmente, o Brasil convive com uma dura realidade: cerca de 25 a 40 mil indivíduos estão sujeitos ao trabalho em condição análoga à de escravo, mesmo que tal situação seja vedada em diversos artigos da Carta Magna. A escravidão contemporânea faz, historicamente, suas vítimas no meio rural, especialmente nas atividades de pecuária, agricultura, desmatamento, extração de madeira e produção de carvão.

Essa mesma autora explica que, segundo dados de 2005, o trabalho em condições análogas à de escravo se concentrava no meio rural, com os maiores índices nos Estados do Pará, Mato Grosso, Bahia e Maranhão. A concentração da incidência de trabalho escravo nas regiões amazônicas é herança do governo militar e das políticas de ocupação realizadas nas décadas de 1960 e 1970.

Neste período, o Estado brasileiro financiou inúmeros empreendimentos, a fim de povoar e desenvolver a região, sem, no entanto, exigir como contrapartida o

cumprimento das normas trabalhistas e ambientais, e o respeito aos habitantes locais e ao próprio ser humano (BRETON, apud MIRAGLIA, 2015, p.131).

A situação encontrada no norte do Brasil deveria servir como exemplo para os governantes, sobre o que acontece quando o poder e a autoridade são entregues aos detentores do capital e o Estado se ausenta.

Abreu e Zimmermann (2003) afirmam que, apesar de ser mais comum no campo, observa-se, também no meio urbano, relatos de escravidão em São Paulo, especialmente nas pequenas tecelagens do Brás. Dizem, ainda, que, em Pernambuco, “[...] desbancou-se regime de escravidão no qual eram subjugados empregados de empresa fornecedora de serviços a uma grande empresa do ramo de comunicação” (p.105).

Miraglia (2015) afirma que as alterações feitas no Código Penal, em 2003, ampliaram o conceito de trabalho em condições análogas à de escravo, dando ensejo a que se intensificasse o combate e a fiscalização da prática, provocando uma inversão do mapa escravocrata no Brasil. Conclui-se que o trabalho escravo contemporâneo não se limita ao campo e às regiões norte e nordeste do país, tendo se expandido pelas cidades brasileiras da região sudeste, devendo ser duramente combatido.

É preciso observar, em relação ao trabalho em condições análogas à de escravo no Brasil contemporâneo, o seu conceito. O artigo 149 do Código Penal preceitua que o trabalho escravo é caracterizado como aquele que submete o indivíduo a trabalhos forçados ou jornada exaustiva, sujeitando-o a condições degradantes de trabalho ou restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.

O § 1º prevê, ainda, as hipóteses de cerceamento do meio de transporte do trabalhador, na manutenção de vigilância ostensiva no local do trabalho e/ou retenção de documentos pessoais do indivíduo, como elementos do tipo trabalho escravo.

[...] trabalho escravo é aquele em que o empregador sujeita o empregado a condições de trabalho degradantes, inclusive quanto ao meio ambiente em que irá realizar sua atividade laboral, submetendo-o, em geral, a constrangimento físico e moral que vai desde a deformação do seu consentimento ao celebrar o vínculo empregatício, passando pela proibição imposta ao obreiro de resilir o vínculo quando bem entender, tudo motivado pelo interesse mesquinho de ampliar os lucros às custas da exploração do trabalhador (SENTO-SÉ, 2001, p.27).

Isto significa que o trabalho escravo contemporâneo é aquele que reduz o trabalhador a simples objeto de lucro do empregador. O indivíduo é subjugado, humilhado e submetido a condições degradantes do trabalho e, em regra, embora não seja elemento essencial do tipo, sem o direito de rescindir o contrato a qualquer tempo.

Sob o ponto de vista de Miraglia (2015), a interpretação do conceito legal de trabalho em condições análogas à de escravo deve ter maior abrangência, a fim de garantir a tutela plena desses trabalhadores e a efetiva punição dos empregadores que cometem o ilícito.

[...] isso porque, o que se percebe é que o empregador utiliza artifícios para escapar da tipificação legal, valendo-se de outras formas de cação que não caracterizam, em princípio, ofensa ao direito de liberdade da pessoa, mas, que afrontam claramente a dignidade da pessoa humana. O objetivo do empregador é evitar não somente a condenação penal, que ainda é escassa e insuficiente, mas, também, e,

principalmente, impedir a inclusão de seu nome na ‘lista suja’ editada pelo Ministério do Trabalho e do Emprego (MIRAGLIA, 2015, p.133).

Essa mesma autora explica que a inclusão na ‘lista suja’ acontece após procedimento administrativo que comprova a manutenção de trabalhadores em situação análoga à de escravo e, com isto, o empregador fica impedido de conseguir créditos públicos, além de poder provocar o boicote dos consumidores dos produtos derivados de suas empresas.

O trabalho realizado sob a coordenação desse tipo de empregador ofende o princípio basilar do Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana, pois submete o trabalhador a condições ínfimas de sobrevivência, em patamar muito aquém do mínimo necessário para uma vida digna.

3.1. Escravidão por dívida

A escravidão por dívida é a restrição à locomoção do trabalhador, por qualquer meio, em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto. Brito Filho (2014) afirma que esse tipo de escravidão, junto com o trabalho em condições degradantes, já foi a maneira de execução do trabalho escravo mais encontrado nas atividades rurais na Amazônia, especialmente no sul e sudeste do Pará, e norte do Mato Grosso.

Atualmente, essa forma está cada vez mais camuflada, dificultando a inspeção para encontrar elementos visíveis que comprovem a escravidão por dívida, como as cadernetas de débitos, por exemplo, que constituíam provas: os trabalhadores eram compelidos a adquirir produtos pessoais e alimentação e, também, os instrumentos de trabalho, como foice, enxada e outros “[...] como se

fosse deles a responsabilidade por algo que deve ser fornecido pelo tomador de serviços” (BRITO FILHO, 2014, p.87).

Segundo Paula (2013, p.52), “[...] a escravidão por dívida é a forma mais intensa de exploração dos trabalhadores nas unidades produtivas agrárias que beneficiam grandes empresas capitalistas”. Essa prática é, também, conhecida como servidão por dívida.

A prática, já nefasta por si só, é agravada por serem as dívidas, habitualmente, produzidas de forma artificial, seja porque os valores cobrados estão muito acima do preço usual, seja porque o tomador dos serviços, que tem o risco da atividade, transfere parte desse risco cobrando dos trabalhadores até pelos instrumentos de trabalho, necessários à execução da atividade e, portanto, de inteira responsabilidade do primeiro.

Segundo Capez (2009), no plano do Direito, trata-se a restrição de locomoção em razão de dívida contraída, de cercear, obstar a liberdade de ir e vir da pessoa:

[...] a vítima se encontra obrigada a trabalhar sem permissão para deixar o local até a quitação total da dívida com o patrão ou preposto. Neste último caso, geralmente, não há pagamento em dinheiro, mas, mediante compensação de débito, quase sempre de difícil quitação (CAPEZ, 2009, p.346).

Pierangeli (2007), também explica da mesma maneira, afirmando que essas dívidas são acrescidas mensalmente por meio de expedientes ilícitos, inclusive da fraude ou incidência de juros exorbitantes, de modo que nunca fica saldada.

4. DAS MEDIDAS DE COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO

Valemo-nos de Miraglia (2008) para enfatizar o crime que constitui o jugo da pessoa humana ao trabalho análogo ao de escravo:

[...] o trabalho escravo contemporâneo é aquele que se realiza mediante a redução do trabalhador a simples objeto de lucro do empregador. O obreiro é subjugado, humilhado e submetido a condições degradantes de trabalho e, em regra, embora não seja elemento essencial do tipo, sem o direito de rescindir o contrato ou de deixar o local de labor da qualquer tempo (MIRAGLIA, 2008, p.135).

São diversos os instrumentos nacionais e internacionais que objetivam o combate à exploração de trabalhadores. Entretanto, é muito comum encontrar-se essa situação, que exclui de milhares de homens sua condição de dignidade humana. Os algozes, na ânsia do lucro, ignoram todo ordenamento jurídico existente.

4.1. Ordenamento jurídico brasileiro

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, III, proíbe o trabalho forçado, preconizando que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. O inciso XVIII aborda a liberdade de exercício profissional: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. E, finalmente, no inciso XLVII, alínea “c”, está a proibição à adoção de pena de trabalhos forçados.

Infraconstitucionalmente, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), com o intuito de restringir e punir os empregadores que, porventura, violem as condições dignas de trabalho, submetendo seus empregados a condições precárias, estabelece multas, como

rezam seus artigos 47, 55, 75, 120 e 153, de acordo com as infrações cometidas.

Também o Código Penal Brasileiro, no âmbito infraconstitucional, contempla, em seu art. 149, o crime de redução de alguém à condição análoga à de escravo. Vejamos:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

Entretanto, é extremamente raro encontrar-se condenações restritivas de liberdade com fundamento neste artigo, o que ocorreu recente e excepcionalmente no Ceará (Processos 0809085-12.2018.4.05.8102 e 0808896-34.2018.4.05.8102).

Nota-se, através de leitura do site <https://www.conjur.com.br/2020-jan-22/aplicacao-rara-artigo-juiz-condena-prisao-trabalho-escravo>, os motivos que levam à pouca efetividade do artigo 149, do Código Penal no tocante à prisão de agentes que praticam sua conduta típica:

“De acordo com Sakamoto, é raríssimo ocorrer prisão após condenação por trabalho análogo ao de escravo no Brasil. Isso porque, **nos poucos casos em que o dispositivo enseja condenações, as penas tendem a ser baixas, gerando o cumprimento da pena em regime que não o fechado ou mesmo a substituição de reclusão pela pena restritiva de direitos.**

Para Ana Carolina Roman, procuradora da República e integrante do Grupo de Apoio ao Combate à Escravidão Contemporânea da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, **o número relativamente baixo de condenações também ocorre porque a responsabilidade penal é subjetiva e a trabalhista, objetiva. "Isso significa que para a configuração do crime é necessário que haja prova de dolo"**, afirma. Roman explica ainda que **a prova criminal atende a requisitos diferentes da prova no processo administrativo, sendo a falta de provas uma das principais causas de absolvição.**” Grifado ausente no original

No art. 197 do mesmo Código, está o crime de atentado contra a liberdade de trabalho: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça”.

O Código Penal Brasileiro prevê, ainda, no art. 203, o crime de frustração de direito assegurado por lei trabalhista, e finaliza, com o art. 207, tipificando o crime de aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional.

Todos os fundamentos normativos encontram-se inseridos num contexto universal, fundado na garantia e promoção dos Direitos Humanos. Dentre as muitas convenções, tratados e diretrizes internacionais acontecidos a partir do primeiro tratado internacional proibindo a escravidão, que foi firmado pela Liga das Nações Unidas, em 1926, destaca-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 e seu art. 4º que assim preceitua: “ninguém será mantido em

escravidão ou em servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas”.

Esses princípios devem ser adotados por todos os países, estabelecidos na 86ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho, realizada pela OIT (2009) no ano de 1998, e que enfatiza a “eliminação de todas as formas de trabalho forçado e obrigatório”.

Há, ainda, que destacar como medida de combate ao trabalho escravo a Emenda Constitucional nº 81/2014, que traz nova redação ao artigo 243 da Constituição Federal, que a partir de tal alteração, passou a prever o confisco de propriedades onde for encontrada a exploração de trabalho escravo, destinando-as à reforma agrária ou ao uso social urbano. Sua promulgação levou aproximadamente quinze anos, tendo em vista o interesse contrário da bancada ruralista do Congresso Nacional.

Leia-se a redação atual do supramencionado artigo:

Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5.º.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.

Entretanto, sua eficácia é limitada, uma vez que depende de regulamentação por lei federal, o que não ocorreu até os dias atuais.

Em síntese, esses são os dispositivos legais que podem ser considerados medidas de erradicação do trabalho escravo no Brasil.

4.2 OIT – Organização Internacional do Trabalho

Ainda que o tema do presente artigo seja pontuar as medidas de combate ao trabalho escravo no Brasil, necessário abranger o papel da Organização Internacional do Trabalho neste tocante.

No Brasil, a OIT tem mantido representação desde 1950, com a concepção e implementação de programas, projetos e atividades de cooperação técnica do país. No combate ao trabalho forçado, a Organização Internacional do Trabalho promove campanhas tanto de âmbito internacional quanto nacional na tentativa de extinguir esse mal. O Brasil é signatário das Convenções nº 29 e 105 da OIT, ambas sobre o trabalho forçado, pelo que ratificou as mesmas.

A primeira versa sobre a eliminação do trabalho forçado em todas as suas formas, enquanto a segunda se refere à proibição do uso de toda forma de trabalho forçado ou obrigatório como meio de coerção ou educação política, castigo por expressão de opiniões políticas ou ideológicas, medida disciplinar no trabalho, punição por participação em greves e como medida de discriminação, conforme seu artigo 1º.

4.3. Grupos Móveis

O primeiro passo para solucionar um problema é o reconhecimento de sua existência. E o Governo Federal, reconhecendo a ocorrência do trabalho escravo contemporâneo, criou em 1995, de acordo com Andrade (2008), algumas estruturas governamentais para o combate a esse crime, como o Grupo Executivo de Repressão ao Trabalho Forçado (GERTRAF) e o Grupo Especial de Fiscalização Móvel (GEFM).

O objetivo do GERTRAF, criado pelo Decreto nº 1.538 de 27 de junho de 1995, é a coordenação e implementação das providências necessárias à repressão do trabalho forçado. Sua composição abrangia, como reza seu art. 3º, um representante de cada um dos vários ministérios envolvidos na temática, a exemplo do Ministério da Justiça, do Meio Ambiente, da Agricultura, da Indústria, do Trabalho, e etc., cabendo ao representante deste último a coordenação das atividades do grupo (BRASIL, 1995).

Zeidler (2006) explica que o GEFM foi criado em 1995, para averiguar as condições a que estão expostos trabalhadores, principalmente nos locais mais distantes. Esse grupo de fiscalização pertence ao Ministério do Trabalho e Emprego e objetiva coordenar programas e ações de diferentes órgãos governamentais, que intervêm na questão do trabalho forçado e formulam novas propostas legislativas.

[...] os Grupos Móveis têm como características: a centralização de comando, o sigilo na apuração de denúncias, a padronização de procedimentos e a atuação em parceria com outros órgãos e entidades. São compostos por auditores fiscais do Trabalho, procuradores do Trabalho e policiais federais, que apuram denúncias realizando vistorias de surpresa, aplicando multas e liberando pessoas quando são constatadas irregularidades (ZEIDLER, 2006, p.56).

Nesse mesmo viés, encontra-se o Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo (PNETE), iniciativa da Comissão Especial do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, elaborado no ano de 2003, do qual constam setenta e cinco propostas, com identificação dos responsáveis por sua implementação

específica, com os prazos – variáveis de curto a médio – para sua execução (BRASIL, 2003).

Segundo Antero (2008), o principal eixo desse plano é a fiscalização das denúncias de trabalho escravo, realizadas pelos grupos móveis de fiscalização. Por sua importância, foi integrado no programa “Erradicação do Trabalho Escravo”, que, por sua vez, integra o Plano Plurianual. Esse autor explica que a política de implementação desse programa é sustentada em “[...] ações de fiscalização, inclusão dos trabalhadores liberados em políticas públicas compensatórias e criação de estruturas públicas e da sociedade civil de forma a criar um cenário que impeça a prática criminosa da submissão de trabalhadores à condição de escravos” (p.798).

Com referência, ainda, às medidas administrativas internas, tem-se que foi criado, por intermédio do Decreto de 31 de julho de 2003, a Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo (CONATRAE), que acabou substituindo o GERTRAF (BRASIL, 2003).

4.4. CONATRAE

Com função semelhante à do GERTRAF, a CONATRAE estabelece no Art. 2º do supramencionado Decreto sua competência. Assim:

Art. 2º. Compete à CONATRAE:

I- acompanhar o cumprimento das ações constantes do Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo, propondo as adaptações que se fizerem necessárias;

II- acompanhar a tramitação de projetos de lei relacionados com o combate e erradicação do trabalho escravo no Congresso Nacional, bem como propor atos

normativos que se fizerem necessários à implementação do Plano de que trata o inciso I;

III- acompanhar e avaliar os projetos de cooperação técnica firmados entre o Governo brasileiro e os organismos internacionais;

IV- propor a elaboração de estudos e pesquisas e incentivar a realização de campanhas relacionadas à erradicação do trabalho escravo; e

V- elaborar e aprovar seu regimento interno.

A CONATRAE, conforme art. 3º do mesmo decreto, será integrada pelo Secretário Especial dos Direitos Humanos, pelos Ministros de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, da Defesa, do Desenvolvimento Agrário, do Meio Ambiente, da Previdência Social e, do Trabalho e Emprego; por dois representantes do Ministério da Justiça, sendo um do Departamento de Polícia Federal e outro do Departamento de Polícia Rodoviária Federal, por até nove representantes de entidades privadas não-governamentais, reconhecidas nacionalmente, e que possuam atividades relevantes relacionadas ao combate de trabalho escravo.

4.5. Instituto não-governamental – CPT – Comissão Pastoral da Terra

A Comissão Pastoral da Terra (CPT) é organização da Diocese, que presta serviço ecumênico reunindo diversas Igrejas cristãs, comprometida com os problemas sociais ligados à terra. Essa comissão adota atitude denunciadora contra as diversas formas de violência exercida contra o homem do campo.

Segundo a Cartilha de Pastoral Social (2001), a CPT tem como objetivo de sua ação ser uma presença solidária, profética, ecumênica, fraterna e afetiva, que presta um serviço educativo e transformador

junto aos povos da terra para estimular e reforçar seu protagonismo em suas lutas pela reforma agrária e agrícola e sempre na vontade de ser “fiel ao Deus dos pobres, à terra de Deus e aos pobres da terra” engajando-se na construção do Projeto Popular para o Brasil, sinal estratégico e libertador desta hora.

Atualmente, tem papel importante no combate ao trabalho escravo. Muitas vezes, as pessoas simples preferem contar seus testemunhos para o padre de sua paróquia ou o pastor de sua igreja, pois estes eles conhecem e têm a certeza de que, motivados pelo ensinamento cristão, são pessoas de bem. Aqui reside o fator confiança. A maioria dos brasileiros, principalmente aqueles miseráveis do campo, que estão sujeitos ao labor escravo, não confiam nos organismos jurisdicionais, pois a violência a que são submetidos e a violação de seus direitos é tamanha, que tendem a se apegar somente ao sentimento da fé.

A Comissão Pastoral da Terra é a grande colaboradora dos Grupos Móveis e dos órgãos jurisdicionais brasileiros, pois é a voz daqueles que se calam diante do mal que lhes aflige. Tem-se, então, que não só os institutos governamentais, mas também institutos não-governamentais, assim como a sociedade, como um todo, têm um papel fundamental na erradicação do trabalho escravo.

5. CONCLUSÃO

O Brasil, quando da instituição da Lei Áurea, legalmente dispôs no sentido de abolir a escravidão. A autorização legal da figura do escravo como propriedade de outro homem caiu, então, por terra, quando da proclamação de sua liberdade e a re aquisição de sua condição como pessoa humana.

Contudo, o estabelecimento da pobreza e desemprego que

atingiu o grande contingente de escravos libertos pela Lei Áurea, é o mesmo que hoje ainda atinge a grande massa de camponeses brasileiros, construindo o perfil do trabalho escravo atual.

Não só a pobreza é fator determinante para a prática do trabalho escravo, mas também a busca por lucros cada vez maiores, imposta pelo sistema capitalista, usada como justificativa da ganância do homem que se vê no direito de subjugar seres humanos em prol da conquista econômica.

Não existem mais países no mundo que autorizem o trabalho escravo. No entanto, principalmente nos países sub-desenvolvidos e em desenvolvimento (como é o caso do Brasil), criou-se um ciclo vicioso em que a falta de estrutura dos governos, tanto instrumental quanto legal, determina a impunidade e a continuação da prática do trabalho escravo.

Há total incompatibilidade entre qualquer forma de escravidão e o regular exercício de um contrato de trabalho. Isto porque o labor escravo é forma de exploração do trabalho ofensiva aos preceitos constitucionais vigentes assim como aos princípios fundamentais da pessoa humana.

Trabalho escravo é crime. E tal instituto no Brasil é compreendido como o crime de Redução à condição análoga à de escravo, conforme Art. 149 do Código Penal. Ainda neste código, a prática do trabalho escravo implica na configuração dos Crimes contra a Organização do Trabalho, sejam os crimes de Atentado Contra a Liberdade do Trabalho (Art. 197); Frustração de Direito Assegurado por Lei Trabalhista (Art. 203); e Aliciamento de Trabalhadores de um Local para Outro do Território Nacional (Art. 207).

Institutos governamentais, não-governamentais e internacionais combatem o trabalho escravo no Brasil e no mundo. No Brasil, tanto as instituições privadas quanto as públicas estão

atualmente desenvolvendo programas para a erradicação do trabalho escravo. Ocorre que, essa luta, para extinguir a prática escravista do território nacional esbarra em entraves legais, políticos, econômicos e sociais.

Entraves legais à erradicação do labor escravo são: falta de legislação protetora do trabalhador escravo denunciante; leis que aumentem consideravelmente as multas impostas a quem lucra com o labor escravo; ausência de eficácia da EC 81/2014 e até mesmo do art. 149, do CP, como demonstrado alhures. Essas lacunas de nossa legislação devem ser supridas para que o trabalho escravo deixe de ser uma atividade lucrativa.

Ainda no aspecto político, econômico, e social, as instituições governamentais e não-governamentais devem promover programas que visem a erradicação da prática escravista, e medidas estruturais que visem a sustentabilidade do homem do campo e a qualificação e geração de emprego; assim como promover a comoção social para a repulsa do trabalho escravo, para que a sociedade seja a grande fiscalizadora e promotora de projetos que visem a erradicação do trabalho escravo.

Falhar na erradicação do trabalho escravo é falhar como sociedade e como Estado Democrático, frente aos outros países que lutam pelo fim da escravidão, bem como frente aos ideais e direitos do homem-cidadão.

REFERÊNCIAS

Doutrina:

ABREU, Lília Leonor; ZIMMERMANN, Deyse Jacqueline. **Trabalho escravo contemporâneo praticado no meio rural**

brasileiro: abordagem sociojurídica. Curitiba, PR: Revista do TRT da 12ª Região, n.17, p.105-121, 2003.

ANDRADE, Priscila Pereira de. **A escravidão contemporânea:** aspectos jurídicos internacionais e nacionais. Ciência Jurídica do Trabalho. Belo Horizonte, v. 11, n. 71, p. 138 -142, out. 2008.

ANTERO, Samuel Antunes. **Monitoramento e avaliação do programa de erradicação do trabalho escravo.** Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v.42, n.5, p.791-828, set. 2008.

AQUINO, Rubim Santos Leão de; VIEIRA, Fernando Antonio da Costa; AGOSTINHO, Carlos Gilberto Weerneck; ROEDEL, Hiran. **Sociedade Brasileira:** uma história através dos movimentos sociais. 4ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho escravo:** caracterização jurídica. São Paulo: LTR, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal 2:** parte especial. 9ed.~São Paulo: Saraiva, 2009.

CARTILHAS DE PASTORAL SOCIAL. **O que é pastoral social?** Brasília, DF: Pastoral Social da CNBB, 2001.

CASTRO, Rubens Ferreira de. **A terceirização do direito do trabalho.** São Paulo: Malheiros, 2000.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem:** a elite política imperial. Teatro das Sombras: a política imperial. 4ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

COSTA, Emília Viotti da. **A abolição.** História Popular. 4ed. São

Paulo: Global, 1988.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTR, 2006.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **Combate ao trabalho forçado**. O Liberal. Caderno Paineis, março de 2003.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26ed. São Paulo: Companhia das letras, 2004.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1995.

MIRAGLIA, Lúvia Mendes Moreira. **Trabalho escravo contemporâneo: conceituação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. 2ed. São Paulo: LTR, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19ed. São Paulo: Jurídica, Atlas, 2006.

NOGUEIRA, Octaviano. **Constituições Brasileiras – 1824**. Brasília, DF: Senado Federal, 2001.

PAULA, Júlia de. Escravização por dívida: um estudo das formas de exploração da força de trabalho no Brasil. In: SANTOS, Cleusa e outros (orgs). **Estados da plebe no capitalismo contemporâneo**. São Paulo: Outras Expressões, 2013.

PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.2, parte especial, 2007.

PRADO, Maria Emília. Ordem Liberal, Escravidão e Patriarcalismo: as ambiguidades do Império do Brasil. In: GUIMARÃES, Maria

Paschoal; PRADO, Maria Emília (orgs) **O liberalismo no Brasil Imperial**. Origens, conceitos e prática. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SENTO-SÉ, Jayro Lins de Albuquerque. **Trabalho Escravo no Brasil**. São Paulo: LTR, 2001.

VALLADÃO, Haroldo. **História do Direito**. Especialmente do Direito Brasileiro. 3ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

ZEIDLER, Camilla Guimarães Pereira. **Trabalho escravo no Brasil contemporâneo: formas de erradicação e de punição**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito do Sul de Minas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

Constituição:

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25.01.2020.

Legislação:

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31.12.1940.

BRASIL. Decreto n.º 1.538 de 27 de junho de 1995. **Cria o Grupo Executivo de Repressão ao Trabalho Forçado e dá outras**

providências. Disponível em: <http://planalto.gov.br>. Acesso em: 08 fev. 2015.

BRASIL. Presidência da República. Comissão Especial do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana da Secretaria Especial dos Direitos Humanos. **Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo.** 2003. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br>. Acesso em 08 fev. 2015.

BRASIL. Decreto de 31 de julho de 2003. **Cria a Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo** - CONATRAE. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 08 fev. 2015.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 81, de 5 de junho de 2014.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 6.6.2014.

Sites:

<http://www.trabalhoescravo.org.br/conteudo/por-que-aprovar-pec-438.html> - acesso em: 24.01.2020.

<https://www.conjur.com.br/2020-jan-22/aplicacao-rara-artigo-juiz-condena-prisao-trabalho-escravo-> acesso em: 29.01.2020.

GRUPO DE TRABALHO VI:
*Direito do Trabalho e Novas
Tecnologias*

REPENSANDO O INSTITUTO DA JUSTA CAUSA OBREIRA À LUZ DA CONJUNTURA DO TELETRABALHO

RETHINKING THE INSTITUTE OF THE EMPLOYEES' DISMISSAL WITH CAUSE IN LIGHT OF THE TELEWORK CONJUNCTURE

*Breno Antonio Navarro Bernardes Silva*⁴⁰³

*Vinícius de Paula Pimenta Salgado*⁴⁰⁴

*Jair Aparecido Cardoso*⁴⁰⁵

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade esboçar um panorama acerca da ressignificação conceitual do instituto celetista da justa causa obreira. Nas últimas décadas, a reformulação desse instituto jurídico foi estimulada pelas transformações técnicas, científicas e informacionais. Dentre os impactos da disrupção tecnológica no mundo do trabalho, destaca-se a maior utilização da modalidade do teletrabalho, a qual se intensificou ainda mais devido à necessidade do isolamento social para conter a difusão do coronavírus. Dessa forma, o respectivo artigo pretende analisar a evolução semântica do instituto jurídico da justa causa obreira desde a sua origem (conceito tradicional) até a contemporaneidade (conceito ressignificado). Por fim, a partir do emprego da metodologia de revisão bibliográfica em

⁴⁰³ Graduando em Direito pela FDRP- USP. Email: brenober@usp.br

⁴⁰⁴ Graduando em Direito pela FDRP- USP. Email: visalgado@usp.br

⁴⁰⁵ Professor Doutor de Graduação e Pós- Graduação da FDRP- USP. Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba-UNIMEP e doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP. Email: jaircardoso@usp.br

consonância com o método histórico-dialético, objetiva-se que este ensaio contribua para a reflexão do instituto em apreço, frente aos novos desafios do Direito do Trabalho.

Palavras- chave: Justa Causa obreira. Ressignificação. Teletrabalho. Tecnologia

ABSTRACT

The purpose of this article is to outline a panorama about the conceptual resignification of the celetist institute of the employees' dismissal with cause. In the last decades, the reformulation of this legal institute has been stimulated by technical, scientific and informational transformations. Among the impacts of technological disruption in the world of work, we highlight the greater use of the telework modality, which was further intensified due to the need for social isolation to contain the spread of the coronavirus. In this way, the respective article intends to analyze the semantic evolution of the legal institution of dismissal with cause from its origin (traditional concept) to contemporaneity (reframed concept). Finally, using the bibliographic review methodology in line with the historical-dialectical method, the objective is that this essay contributes to rethink the institute in question, in light of the new challenges of Labor Law.

Keywords: Employees' Dismissal with Cause. Resignification. Telework. Technology.

INTRODUÇÃO

A justa causa obreira consiste na rescisão contratual unilateral por culpa grave do empregado, ou seja, em razão do rompimento da fideducía laboral – relação de fidelidade e de lealdade entre os pólos da relação jurídica trabalhista – pelo cometimento de falta grave, a relação empregatícia fica insustentável. Logo, o empregador, por meio do poder disciplinar, extingue o vínculo ao demitir o obreiro

(DELGADO, 2019, p. 1418). Nesse sentido, a justa causa é a modalidade sancionatória mais rígida no ordenamento justralhista, pois culmina na supressão do contrato trabalhista em consonância com a perda de direitos do obreiro, como, por exemplo, a indenização do FGTS e as gratificações proporcionais de férias e natalina. Nesse cenário, é possível observar que a interface do Direito do Trabalho com demais searas jurídicas fica demonstrada a partir do momento que o ato danoso do obreiro é capaz de gerar repercussões penais e civis. O próprio rol de justas causas do artigo 482 da CLT apresenta uma literalidade relativamente imprecisa. Com isso, abre margem para que, diante dos impactos da inovação tecnológica na seara trabalhista, exista uma ampla potencialidade de ressignificação desses tipos jurídicos.

Por isso, nota-se que é imprescindível a realização de estudos e reflexões acerca de como é possível reformular as formas de justas causas para não os tornar obsoletos e, assim, acarretar uma insegurança jurídica diante de novas situações de litígios trabalhistas (e.g.: discussões se a obrigatoriedade de deixar a *webcam* ligada durante o teletrabalho é um direito do empregador ou se fere o direito à intimidade do funcionário).

1 O CONCEITO TRADICIONAL DE JUSTA CAUSA OBREIRA

Como exposto anteriormente, o conceito de justa causa obreira é permeado por outras searas jurídicas e seus fundamentos basilares são: a conduta obreira; os aspectos objetivos e subjetivos; o nexu de causalidade; o resultado; a imediatividade da punição; e o caráter pedagógico da sanção.

1.1 Conduta obreira

A conduta é toda ação ou omissão humana orientada para a obtenção de certa finalidade. Omissão é a não realização de uma ação que deveria ser tomada, logo, enseja a responsabilização do agente pela falta de atitude – em geral, a omissão culmina em resultados delituosos graves. Já o conceito de ação, por sua vez, é complexo, visto que sofreu evolução em seu conceito ao longo da história humana.

O conceito de ação, na atualidade e para fins de justa causa, consiste na delimitação da atipicidade da conduta do empregado, isto é, na atitude capaz de gerar repercussões jurídicas no contrato de trabalho, em razão das previsões expressas no art. 482 da CLT.

O conceito de ação como agir comunicativo tem como anteparo a teoria de Jürgen Habermas, segundo a dimensão da interface entre linguagem e percepção de mundo com o ato ilícito. Nesse sentido, todo grupo social apresenta valores e dogmas compartilhados entre seus membros. Sendo assim, há uma teia consuetudinária de princípios e normas responsáveis pela regulação das relações sociais entre os indivíduos (CAMARGO, 2002, pp. 95-96). O agir comunicativo contempla os signos oriundos da percepção da realidade, por cada ser humano, que concretiza o discurso ontológico individual- favorecendo, assim, a inserção de cada pessoa no contexto democrático, permeado pelo debate de ideias e pela argumentação. Em suma, de acordo com a sapiência de Antonio Luís Chaves Camargo (2002, p. 98), ação é:

“elemento do ilícito, como a exteriorização do mundo de vida do agente num determinado grupo social, em dissenso com os valores reconhecidos pelo mesmo grupo social, que decorrem da interpretação das normas vigentes que dão validade à expectativa de

comportamento exigido como preferenciais pelas regras sociais deste grupo”.

Tendo em vista o exposto, a conduta no Direito do Trabalho é caracterizada a partir de uma série de variáveis subjetivas e objetivas umbilicalmente relacionadas segundo a noção de complementaridade. Diferentemente do Direito Penal cuja interpretação acerca da tipicidade da conduta é restritiva, rigorosa e rígida, o ordenamento justrabalhista admite uma hermenêutica mais flexível e com requintes de discricionariedade (DELGADO, 2019, pp. 1419- 1420).

Para realizar uma segura interpretação jurídica acerca dos institutos da justa causa, é relevante uma análise acerca dos conceitos de dolo e culpa. Dolo, enquanto categoria psicológica da ação, consiste na intenção em produzir determinado resultado ilícito. Tal instituto caracteriza a ação segundo a premissa da voluntariedade da conduta orientada para a consumação de um efeito antijurídico. No âmbito trabalhista, as supracitadas considerações ficam evidentes quando o obreiro infringe uma norma trabalhista de forma consciente e planejada a fim de obter benefícios pessoais- estes podem ser o enriquecimento a partir do furto de uma mercadoria da empresa ou a busca por isenção das obrigações empregatícias incumbidas pelo contrato laboral, por exemplo. Em geral, condutas dolosas apresentam elevado potencial de gravidade, pois adquirem perspectivas de maior reprovabilidade social, favorecendo, portanto, a ruptura da fidúcia responsável por assegurar a íntegra continuidade da relação jurídica trabalhista.

Já culpa *stricto sensu*, por sua vez, é a conduta voluntária do indivíduo que gera efeitos imprevisíveis, todavia é rompido um dever de cuidado. Por essa perspectiva, tal instituto contempla as ações e as omissões obreiras não direcionadas para fins ilícitos, contudo, são

responsáveis por culminar em resultados juridicamente desaprovados. As tipologias culposas são: imprudência (o empregado não toma os devidos cuidados prescritos em normas, logo, provoca consequências antijurídicas); imperícia (a falta de conhecimentos técnicos e/ ou carência de experiência empírica culminam em violações inesperadas); e a negligência (falta grave do empregado, pois deixou de observar completamente os ditames legais). Tendo em vista o exposto, a culpa *stricto sensu* apresenta menor potencial para se configurar como hipótese de resolução contratual por justa causa, uma vez que outras medidas punitivas mais brandas podem ser aplicadas pelo empregador, em escala gradativa. Portanto, é imprescindível a análise dos aspectos objetivos e subjetivos imanentes à falta grave do empregado.

1.2 Elementos objetivos e subjetivos

Os elementos objetivos e subjetivos são limites ao poder diretivo do empregador no tocante à demissão por justa causa. Nesse sentido, representam parâmetros concretos orientados para determinar a gravidade da conduta obreira- podendo ou não culminar em resolução contratual. Dessa forma, dizem respeito ao tipo de penalidade a ser aplicada pelo *yus variandi* diante de uma infração do empregado (DELGADO, 2019, p. 1423).

Objetivamente, a conduta obreira deve ser analisada em conformidade com as circunstâncias fáticas da dinâmica laboral. Por essa ótica, é preciso verificar os critérios para imputar uma ação ou omissão trabalhista ao obreiro, isto é, atribuir relação de causa e efeito entre a conduta obreira e o resultado ilícito. Para tanto, é crucial aplicar o método subsuntivo: observar o ato praticado em consonância com o tipo jurídico que prevê sua ilicitude (DELGADO, 2019, p.

1424). Somente observadas tais conjunturas será possível respeitar os princípios da legalidade, da segurança jurídica e da proteção empregatícia. Urge ressaltar a necessidade da conduta faltosa ser praticada no contexto laboral, pois o ato do empregado precisa se mostrar incondizente com suas obrigações contratuais e legais (JORGE NETO; CAVALCANTI, 2019, pp. 969- 987). A gravidade do ilícito cometido é um conceito relativo, podendo ser auferida de forma binária: a modalidade única (somente uma conduta, tendo em vista a exorbitante gravidade, provoca, imediatamente, demissão por justa causa) e a modalidade reiterada (sucessivos e reiterados atos do obreiro promovem o aumento gradativo das penalidades aplicadas pelo empregador, aumentando proporcionalmente, a gravidade da conduta).

No âmbito subjetivo, além da análise psicológica das intenções do trabalhador com a prática do ilícito, a contemplação dos aspectos socioeconômicos do empregado é de fundamental importância (JORGE NETO; CAVALCANTI, 2019, pp. 969- 980). A primeira dimensão enumerada consiste na averiguação da existência de dolo ou culpa *stricto sensu* no ato obreiro antijurídico. Já a segunda ótica referente aos elementos socioeconômicos conduz à uma interpretação subjetivista da temática, a saber: o grau de escolaridade do empregado; as faculdades mentais do trabalhador e as expectativas empregatícias materializadas no contrato e nas disposições legais. O rol exemplificativo supracitado, por sua vez, evidencia uma nítida complexidade interpretativa relativa à pertinência da aplicação da sanção trabalhista mais gravosa: a demissão por justa causa. Portanto, o empregador deve se atentar minuciosamente para tais circunstâncias a fim de evitar eventuais ações judiciais em seu desfavor- geralmente permeadas pela demanda de restituição do contrato de trabalho cumulada com a indenização por danos morais.

1.3 Nexo de Causalidade

O nexo de causalidade é a relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado, ou seja, o elo naturalístico entre o ato ilícito praticado por determinado empregado e as suas consequências antijurídicas. Para tanto, a transladação e a adaptação da teoria penal da Imputação Objetiva ao contexto justralhista é imprescindível. A finalidade do nexo de causalidade é conferir estabilidade, previsibilidade e segurança para as relações jurídicas, por esse prisma, o instituto visa à limitação do arbítrio do poder diretivo do empregador, coibindo abusos na aplicação de penalidades trabalhistas.

Segundo o sociólogo Ulrich Beck (2011), na obra “Sociedade de Risco”, adverte para os riscos imanentes à dinâmica de funcionamento da sociedade contemporânea. Por essa ótica, o progresso técnico- científico- informacional concede diversas facilidades e benefícios para a humanidade- tais como aparelhos eletrônicos, indústrias de eletrodomésticos, empresas de aviação, indústrias farmacológicas etc- todavia contempla uma série de riscos inexoráveis cujos efeitos acometem todos nós. Dessa forma, nem todo fato extraordinário ocorrido no ambiente de trabalho poderá ser imputado ao empregado com o escopo de gerar responsabilizações, pois o progresso tecnológico produz certos riscos inevitáveis.

1.4 O resultado

O resultado consiste nas consequências fáticas da conduta antijurídica do obreiro. Diversamente do Direito Penal, a doutrina trabalhista não confere relevância empírica para a diferenciação entre consumação e tentativa, uma vez que ambos os institutos podem culminar na demissão por justa causa. A consumação está relacionada

à integralidade do ato, pois as causas e os efeitos se materializam plenamente no contexto trabalhista. Já a tentativa representa a intenção de praticar um comportamento juridicamente desaprovado, todavia a execução é interrompida por fatores externos alheios à vontade do indivíduo. Na seara trabalhista, tal diferenciação carece de imprescindibilidade concreta em razão do igual potencial supressor da fidedignidade laboral- o ato tentado poderá se repetir com sucesso, logo, a relação empregatícia se torna instável e insustentável, dependendo do caso concreto.

1.5 A imediatividade da punição

Partindo da premissa cujo conteúdo versa sobre a exclusividade do poder punitivo do empregador, toda e qualquer penalidade imputada pelo *yus variandi* deverá respeitar determinados requisitos, a imediatividade é um deles. De acordo com Maurício Godinho Delgado (2019, p. 1427) as penalidades trabalhistas devem ser aplicadas “tão logo que se tenha conhecimento da falta cometida” a fim de coibir a insegurança jurídica decorrente da pressão psicológica do empregado (expectativa indefinida de punição). Dessa forma, a inércia do empregador em punir o obreiro culmina na extinção da pretensão sancionatória, pois a ordem justaltrabalhista entende haver perdão tácito nessa ocasião.

Urge ressaltar que o prazo de razoabilidade se inicia com o conhecimento do ato ilícito pelo empregador (DELGADO, 2019, p. 1227). Ademais, a CLT fornece um parâmetro máximo para a aplicação de penalidades trabalhistas, o lapso temporal de 30 dias (Súmula 403 do STF) para o início do inquérito responsável por averiguar a ocorrência de falta grave obreira (artigo 853 da

Consolidação das Leis do Trabalho conjugada com a Súmula 62 do TST).

O perdão tácito, caracterizado pelo silêncio prolongado do empregador em relação às faltas cometidas por obreiros, não justifica a repetição da conduta ilícita pelo empregado (DELGADO, 2019, p. 1428). Tal afirmativa é pertinente, pois a ausência de punição em um caso concreto não deve encorajar a prática futura de atos antijurídicos. Dessa forma, o perdão tácito opera em circunstâncias passadas, logo, é vedado qualquer incentivo infracional futuro- contrariedade ao fundamento do caráter pedagógico.

1.6 *Non bis in idem* e caráter pedagógico

A vedação do *bis in idem* é a proibição da aplicação de duas ou mais penas pelo cometimento de uma falta trabalhista, uma vez que a singularidade punitiva deve ser respeitada a fim de evitar abusos do poder diretivo (JORGE NETO; CAVALCANTI, 2019, p. 973). Ademais, a sanção apresenta a característica da definitividade, isto é, não pode ser modificada para prejudicar o empregado (DELGADO, 2019, p. 1428). Cabe reafirmar a isonomia dos trabalhadores no tocante ao tema da aplicação das penalidades, pois quaisquer indícios de discriminação- independentemente da natureza- devem ser coibidos.

O caráter pedagógico versa sobre a preferência por punições graduadas, observando as circunstâncias objetivas e subjetivas da conduta juridicamente desaprovada. Nesse sentido, a proporcionalidade e o aumento crescente das sanções estimulam a semântica didática, favorecendo, assim, o entendimento dos obreiros e a prevenção geral- evitando, portanto, a prática de novos atos ilícitos pela equipe de trabalhadores (DELGADO, 2019, pp. 1428- 1429). O

caráter pedagógico apresenta o viés da exemplaridade, pois consiste no anseio por corrigir o obreiro infrator a fim de possibilitar a sua reintegração no ambiente trabalhista em consonância com a advertência aos demais operários. Nem todas as condutas antijurídicas contemplam a possibilidade de gradação em razão do fundamento da gravidade, a análise individualizada do contexto fático é de suma importância (DELGADO, 2019, p. 1429). As tipologias sancionatórias são: advertência verbal, advertência escrita, advertência escrita com suspensão, demissão sem justa causa (rescisão por acordo bilateral entre as partes) e demissão por justa causa (resolução contratual por culpa grave do empregado). Por fim, a punição mais gravosa existente no ordenamento justralhista só poderá ser imputada mediante a obtenção de provas inequívocas do comportamento ilícito do obreiro- a mera suposição sem anteparo probatório é imprecendente.

2 A CONJUNTURA CONTEMPORÂNEA DO DIREITO DO TRABALHO

O fenômeno da globalização, iniciado a partir da segunda metade do século XX, promoveu profundas modificações no espírito do capitalismo que culminaram na reestruturação das relações sociais e trabalhistas. O Direito Trabalhista edificado na era da Primeira Revolução Industrial torna-se, aos poucos, incapaz de regular as relações laborais da era contemporânea permeada pelo avanço tecnológico e científico dos algoritmos computacionais. Dessa forma, urge ressaltar as principais características de tal período a fim de possibilitar a análise posterior das relações trabalhistas oriundas das plataformas virtuais.

Segundo Milton Santos (2017, pp. 23- 24), a globalização consiste no ápice do capitalismo de livre mercado global consolidado a partir da lógica da fusão entre sistema financeiro e sistema computacional. Os principais fundamentos da era em questão consistem na “convergência dos momentos” (as estruturas de telecomunicações são capazes de noticiar fatos ocorridos em qualquer parte do planeta quase que simultaneamente), na “cognoscibilidade do planeta” (conhecimento científico profundo acerca das dinâmicas biogeoquímicas da Terra), na competitividade exacerbada entre corporações e no consumismo (SANTOS, 2017, pp. 24- 33). Dessa forma, as relações de produção e de trabalho sofreram mutações de ordem ideológica, uma vez que o fluxo do capital abstrato é globalmente ilimitado.

Byung-chul Han (2017), na obra *Sociedade do Cansaço*, realiza uma análise sociológica e psicológica da conjuntura contemporânea. Para Han (2017, pp. 23- 30), estamos inseridos no contexto da *sociedade do desempenho* cuja principal característica é a imanência do poder coercitivo de produção ao próprio trabalhador. Nesse sentido, a intensa competitividade difundida na sociedade faz com que os próprios empregados sofram uma coerção pessoal a fim de ampliar a produtividade (HAN, 2017, pp. 69- 79). Além dos algoritmos computacionais, o poder de subordinação trabalhista advém do espírito do empregado inserido na conjuntura da pós-modernidade. Por esse prisma, a obsolescência das estruturas clássicas de dominação laboral edificadas no âmago da *sociedade da Primeira Revolução Industrial* favorece o surgimento de uma nova lógica fluida, eficaz e invisível de exercício de poder (HAN, 2017, pp.69-79). Portanto, o grande desafio do Direito Trabalhista é readaptar-se à realidade supracitada- marcada, principalmente, pelo teletrabalho- a

fim de propiciar a positivação de direitos e de assegurar o progresso econômico.

2.1 O teletrabalho, a Lei 13467/2017, a pandemia de Covid- 19 e a MP 927/2020

Um dos primeiros atos normativos editados no Brasil com a finalidade de regulamentar a dinâmica laboral do teletrabalho foi a Lei 13467/2017, a qual modificou alguns fragmentos da antiga Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Os artigos 75- A, 75- B, 75- C, 75- D e 75- E da CLT, com redação dada pela Lei 13467/2017 disciplinam a modalidade trabalhista supracitada, em conformidade com as novas demandas do mercado e com o desenvolvimento das tecnologias de telecomunicações no contexto da globalização. O artigo 75- B conceitua o teletrabalho como sendo o desempenho remoto das funções empregatícias, isto é, utilizando tecnologias de telecomunicação a fim de possibilitar o exercício das atividades “fora das dependências do empregador”. O artigo 75- C evidencia a necessidade de celebração do contrato individual de trabalho a fim de legitimar o desempenho do teletrabalho, bem como a existência de cláusulas contratuais escritas que versem sobre a aquisição de equipamentos tecnológicos pelo empregado (artigo 75- D) Por fim, o artigo 75- E exprime a concepção de que o empregador deve ser expresso no momento de evidenciar para o empregado os eventuais riscos acidentários iminentes à modalidade do teletrabalho, bem como a forma de evitá- los. Ante o exposto, é preciso analisar a conjuntura anômala da pandemia de Covid- 19 e o advento da Medida Provisória 927/2020, pois ambos os eventos exercem influências sobre a regulação jurídica do teletrabalho.

O alastramento do novo coronavírus serviu de catalisador para diversas mudanças econômicas, políticas sociais e culturais em nível global. A pandemia favoreceu a difusão e a legitimação de plataformas digitais de realização de eventos e de estabelecimento de relações empregatícias, uma vez que o isolamento social é o principal artifício de combate à respectiva doença. Dessa forma, houve exponencial ampliação da legitimidade do teletrabalho como forma de evitar a ociosidade laboral e propiciar o desenvolvimento das engrenagens da economia (tendo em vista as precárias condições de trabalho presencial decorrentes da conjuntura pandêmica).

Inúmeros países e empresas, há meses, já colocaram em prática o isolamento social voluntário ou mandatório. No que se refere ao Brasil, nota-se que, com o intuito de regular os meios que poderão ser escolhidos pelos empregadores para preservação do emprego e da renda enquanto permanecer o estado excepcional de calamidade pública, o governo federal, no dia 22 de março de 2020, publicou a Medida Provisória nº 927/2020.

Essa medida provisória regulamenta diversas medidas, dentre as quais, há aquelas que podem ser adotadas de forma unilateral pelo empregador, tal como as férias individuais, as férias coletivas e o *home office*. Há também, alternativas que podem ser aderidas por meio de uma negociação com os empregados, cuja validade está condicionada à sua expressa anuência: teletrabalho, compensação via banco de horas e licença remunerada. Algumas medidas, por sua vez, demandam negociação sindical antecipada para a sua concretização, tais como a redução de jornada e redução salarial e suspensão do contrato de trabalho para participação em cursos (*lay-off*). Por fim, existem providências que foram instituídas de maneira inédita pela Medida Provisória n. 927/2020, tais como a antecipação de feriados e o deferimento do recolhimento do FGTS.

Após uma apresentação geral das medidas instituídas pela MP 927/2020, é relevante uma análise holística do teletrabalho. A medida provisória ora analisada disponibiliza o seu Capítulo II exclusivamente à modalidade supracitada de emprego. De acordo com a Organização Internacional do Trabalho (OIT), o teletrabalho é uma atividade laboral realizada em um estabelecimento distante do escritório e/ou centro de produção, que viabilize a separação física e que se utilize uma nova tecnologia que facilite a comunicação. Nesse cenário, é essencial ressaltar que o teletrabalho não se confunde com o *home office*. Enquanto que no segundo o trabalho é realizado à distância, de forma remota e eventual, no primeiro, a atividade laboral é de forma preponderante, e não meramente eventual.

Dentre as implicações ao teletrabalho provocadas pela MP 927/2020, constata-se que não há necessidade de celebração de aditivo ao contrato de trabalho para a conversão do trabalho presencial para teletrabalho. Além disso, é possível a realização de teletrabalho por estagiários e aprendizes (art. 5º, MP 927/2020). No que se refere ao tempo à disposição, regime de prontidão ou sobreaviso, nota-se que não poderá ser representado pelo tempo consumido no uso de aplicativos e de meios de comunicação fora do horário normal de trabalho (art. 4º, §5º, MP 927/2020).

Em relação à mudança para o regime presencial, é fundamental a notificação ao empregado com 48 horas de antecedência (art. 4º, §2º, MP 927/2020). As distribuições relacionadas à aquisição, pela manutenção ou pela concessão de equipamentos tecnológicos adequados à realização do teletrabalho e ao reembolso de despesas submetidas ao empregado serão previstas em contrato escrito (art. 4º, §3º MP 927/2020). Sendo assim, se o empregado não possuir os equipamentos necessários, há a possibilidade de o empregador ter que arcar com os custos das ferramentas para o trabalho à distância (art.

4º, §4º, I, MP 927/2020) e, caso não as conceda, o período da jornada laboral convencional será computado como tempo de trabalho à disposição do empregador (art. 4º, §4º, II, MP 927/2020).

Dentre os riscos possíveis para essa modalidade de trabalho, destacam-se os custos que poderão ser despendidos para aparelhos eletrônicos e infraestrutura necessárias para o trabalho remoto e, também, aos acidentes e complicações fisiológicas provenientes do descumprimento de regras de ergonomia. Além desses riscos, há a mitigação do poder diretivo do empregador, que não acompanhará pessoalmente as atividades do empregado.

3 A RESSIGNIFICAÇÃO DO INSTITUTO DA JUSTA CAUSA OBREIRA

Tendo em vista o cenário atual caracterizado pela globalização técnica, científica e informacional, diversas esferas da sociedade contemporânea global sofreram consideráveis ressignificações em razão dos valores da imediaticidade, da virtualidade, da rapidez e da compressão do espaço pelo tempo advindos desse novo panorama tecnológico que cada vez mais se perpetua e se desenvolve. O direito do trabalho não é imune a tais transformações uma vez que a necessidade de modificação dos dispositivos jurídicos é de suma importância para a regulamentação de novas modalidades laborais oriundas do advento das novas tecnologias de telecomunicações, a saber: as plataformas virtuais de prestação de serviços, a difusão do fenômeno da terceirização e o teletrabalho. Dessa forma, é imprescindível realizar uma reflexão acerca da mutação do instituto jurídico da justa causa obreira (adequação aos novos tempos) e evidenciar uma perspectiva acerca do poder fiscalizatório do empregador na conjuntura do teletrabalho.

O filósofo Michel Foucault (2014), ao analisar a conjuntura do *panóptico*, concluiu acerca da imprescindibilidade do aspecto visual para o exercício do controle sobre os indivíduos (FOUCAULT, 2014, pp. 133- 140). Desse modo, os sentidos físicos são de fundamental importância para a promoção da subordinação das pessoas à uma espécie determinada de poder. A nítida observação das condutas das pessoas vigiadas propicia um eficaz controle homogenizador cuja reafirmação e perpetuação depende da devida aplicação de sanções normatizadoras. Transladando, analogamente, essa concepção filosófica para o âmbito da subordinação jurídica do empregado ao *yus variandi*, é possível verificar a mesma necessidade basilar: a vigilância ótica das atividades do empregado. Sem o controle visual das condutas laborais do obreiro, as provas inequívocas responsáveis por culminar na dispensa por justa causa deixam, na maioria das vezes, de existir. Portanto, é evidente o interesse de regular o teletrabalho a partir de lógicas capazes de propiciar ao empregador o monitoramento eficaz das atividades laborais desempenhadas pelo empregado.

Tendo em vista o exposto, há uma aparente tensão entre direitos fundamentais na esfera da relação justrabalhista que poderá ser solucionada pelo clássico modelo teórico da ponderação de princípios e valores. Nesse sentido é preciso averiguar a viabilidade do uso da câmera do aparelho eletrônico do obreiro (*webcam*) a fim de possibilitar a vigilância e a fiscalização do empregador. De um lado, os direitos à intimidade e à imagem do trabalhador, os quais estão materializados como garantias fundamentais pela Constituição Federal (artigo 5º, incisos V, X, XI, XII e XIV), como direitos da personalidade no Código Civil e como direitos humanos pelos tratados ratificados (tais direitos emanam do princípio da dignidade da pessoa humana). De outro, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa

(artigo 1º, inciso IV e artigo 170 da CF) responsáveis por delimitar os contornos da regulação jurídica da relação empregatícia cujo conteúdo será preenchido minuciosamente pelas normas infraconstitucionais (tais valores versam, abstratamente, sobre os anteparos do direito do trabalho, tais como a subordinação trabalhista, as garantias do obreiro e o poder diretivo do empregador). Dessa forma, o emprego de critérios racionais, objetivos e empíricos será capaz de delimitar a prevalência de uma norma em relação à outra, tendo em vista que esta não será sempre tida como “vencida” ou aquela tida como sempre “vencedora absoluta”, pois tudo depende do caso concreto sob análise na realidade fática. A ponderação é relativa, ou seja, a prevalência de uma norma em relação à outra deixa de ser perpétua ou total e passa a ser parcial (não são mutuamente excludentes).

Pela ótica supracitada, é possível verificar a vital importância do uso de *webcams* para o monitoramento das atividades do empregado durante a jornada laborativa não presencial, uma vez que as câmeras dos aparelhos eletrônicos representam a própria vigilância do poder controlador e fiscalizatório do empregador (em última análise as câmeras são os próprios sentidos físicos do patrão). A inexistência dessa vigilância, para fins exclusivamente laborais, impossibilita ou torna excessivamente difícil a caracterização de certas modalidades de justas causas em espécie, a saber: o alcoolismo durante a jornada, a desídia no desempenho das respectivas funções e o abandono do posto de serviço, por exemplo. Dessa forma, os direitos da personalidade (imagem e intimidade) podem ser restringidos em prol da satisfação de outros interesses constitucionalmente assegurados (valores sociais do trabalho e da livre iniciativa). Urge ressaltar que o uso indevido das gravações e dos áudios oriundos das *webcams*, pelo empregador, poderá culminar em responsabilização civil e até criminal por eventuais violações ao princípio da dignidade

da pessoa humana. Indenizações por danos morais e materiais não são incomuns na respectiva temática abordada. Portanto, serão analisadas as principais justas causas em espécie à luz da dinâmica de funcionamento do teletrabalho.

Desse modo, no contexto trabalhista, nota-se que a vigilância, imprescindível ao poder panóptico foucaultiano, pode ser dar de modo direto, por meio da *webcam*, ou de maneira indireta, por meio de aplicativos que relatam ao empregador as atividades desempenhadas e os sites acessados pelo empregado durante a jornada laboral ou por meio da fiscalização dos e-mails corporativos dos empregados. E tal vigilância, a qual deve ser comunicada previamente ao funcionário, não seria uma obstrução do direito à intimidade do empregado, visto que sua intimidade estaria resguardada durante os períodos exteriores ao expediente.

3.1 Repensando as justas causas em espécie do artigo 482 da CLT

Para um estudo acerca do instituto da justa causa e, para entendê-lo como ele poderia ser aplicado na dinâmica do teletrabalho, é imprescindível uma análise do art. 482 da CLT, o qual versa sobre as hipóteses nas quais o empregador terá legitimidade para a resolução do contrato de trabalho sob a justificativa da justa causa.

A primeira falta apontada pelo legislador no artigo trabalhista supramencionado é o ato de improbidade, o qual consiste em qualquer atitude desonesta do empregado, com a finalidade de conseguir um benefício para si ou para outrem. (TEIXEIRA MANUS, 2015, p. 199). Um exemplo que é viável de acontecer durante a dinâmica do teletrabalho e que configuraria um ato de improbidade seria o empregado reivindicar a necessidade de um computador para a realização das suas tarefas. Porém, por meio do registro – urge

ressaltar que deve avisar previamente ao funcionário a existência do acesso aos dados do computador- dos sites acessados o empregador descobre que o seu subordinado já possuía o aparelho informático e que a máquina eletrônica que ele concedeu, na verdade, está sendo usada por familiares do funcionário para assistir filmes, brincar em plataformas de jogos virtuais e outros exemplos. Dessa forma, constata-se que, nesse caso, seria legítima uma demissão por justa causa, visto que o contratado teria agido de má-fé com a finalidade de obter um computador e, assim, teria prejudicado o patrimônio no empregador desnecessariamente.

Por conseguinte, o legislador considera a incontinência de conduta ou mau procedimento como uma modalidade de justa causa. A incontinência de conduta está associada a um comportamento não compatível com as condutas éticas de uma sociedade civilizada (SIMÃO SZNFIER, 2020, p. 442). No que tange a um possível caso de incontinência de conduta durante o trabalho remoto, pode-se imaginar uma situação na qual, mesmo avisado previamente que o aparelho tecnológico concedido pelo empregador deva ser exclusivamente destinado às atividades laborais, o empregado o utilize para acessar sites pornográficos ou enviar e receber materiais ligados ao tema por meio dos computadores vinculados à empresa.

Já em relação ao mau procedimento, nota-se que ele pode ocorrer por meio de assédios morais, desrespeitos verbais ou outras condutas culposas ou dolosas que obstruam pactos sociais de uma civilização durante o teletrabalho, sejam por meio de videoconferência ou por meio de mensagens eletrônicas. Ademais, em um cenário de pandemia global, um funcionário que não obedeça ao isolamento social e as medidas preventivas, mesmo após um aviso do empregador que o desrespeito às indicações sociopolíticas para combater a crise do Covid-19 poderia prejudicar a imagem da

empresa, pode ser considerada uma atitude não compatível com condutas de uma sociedade civilizada e, assim, se enquadrar em um mau procedimento.

Outra modalidade de justa causa é a negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador e quando constituir ato de concorrência à empresa, ou for prejudicial ao serviço. Para que a justa causa seja legítima nesse caso, deve existir uma comercialização de produtos sem a autorização do empregador e, tal negociação, por sua vez, deve promover uma concorrência ou algum dano para a dinâmica do serviço (SIMÃO SZNIFER, 2020, pp. 442-443). É possível aplicar esse instituto para a resolução contratual em uma situação na qual os funcionários gravarem as videoconferências da empresa e as concederem a concorrentes ou por meio da transmissão de e-mails e mensagens com informações privilegiadas. Assim, caso seja comprovado, mediante fiscalização dos e-mails corporativos ou outros meios legais, que ocorreu os requisitos para esse instituto, o empregado poderá ser punido com a pena máxima de resolução contratual.

Há também a autorização legal da justa causa quando existir uma condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena. Dessa forma, a comprovação documental uma sentença condenatória, com trânsito em julgado, revela-se uma prova suficiente para justificar uma ruptura contratual sem ônus para o empregador (SIMÃO SZNIFER, 2020, p. 443). Dessa forma, é possível ratificar que a transição em julgado de sentenças penais, mesmo sob o regime do teletrabalho, configura justa causa.

A desídia na forma de aplicação das tarefas também legitima a justa causa pelo empregador. Deve-se entender por desídia o descumprimento dos deveres inerentes à relação empregatícia, devido

à negligência, à imprudência ou à imperícia do empregado (SIMÃO SZNIFER, 2020, p. 443). Um cenário exemplificativo da utilização desse instituto em litígios trabalhistas envolvendo a justa causa seria no caso de o trabalhador receber os equipamentos e infraestruturas necessárias para a realização do teletrabalho (CAPÍTULO II, art. 4º, §4º, MPV 927) e, mesmo assim, não realizar com afinco e completude suas tarefas diárias, não participar das reuniões ou não permanecer online as horas previstas na sua jornada de trabalho em atividades essenciais à sua função laboral.

Outra previsão da justa causa é quando houver uma embriaguez habitual ou em serviço. A embriaguez habitual não precisa ocorrer dentro da empresa e no local de trabalho. De outra parte, a embriaguez em serviço não precisa ser recorrente, mas basta que se presencie no local e no horário de trabalho (TEIXEIRA MANUS, 2015, p.190). Nesse contexto, se o empregador desconfiar que o empregado está embriagado durante o teletrabalho, poderá pedir ao funcionário que realize um teste capaz de evidenciar o uso reiterado de bebidas alcoólicas. Além disso, caso seja possível comprovar, por meio de mensagens trocadas pelo e-mail corporativo, que o funcionário está ingerindo bebidas alcoólicas numa quantidade que está prejudicando a sua eficiência, será possível a aplicação da justa causa.

Em relação à justa causa por violação do segredo da empresa, nota-se que ela se justifica devido ao dever de fidelidade ser importantíssima no vínculo laboral (SIMÃO SZNIFER, 2020, p. 449). Sendo assim, tal violação promove uma obstrução no laço de confiança e, dessa forma, constitui justa causa suficiente para a rescisão motivada do contrato de trabalho. Sendo assim, como já supracitado, caso exista uma transmissão de videoconferências, e-mails ou mensagens para outrem, com a finalidade de compartilhar

uma informação sigilosa da empresa, será possível acabar o contrato por meio de uma penalização máxima ao empregado.

O ato de indisciplina ou de insubordinação, previstos no ordenamento jurídico trabalhista, também é uma razão para a ruptura contratual sem ônus para o empregador. A indisciplina se revela ao desrespeito de ordens mais genéricas. Já a desobediência, por sua vez, ao descumprimento de ordens diretas do empregador que estão relacionadas às atribuições da função laboral do empregado (SIMÃO SZNIFER, 2020, p. 443). Ambas estão associadas ao não comprometimento da subordinação hierárquica do empregado ao empregador, a qual foi gerada pelo contrato de trabalho. Diante disso, nota-se que, caso o empregador avise previamente que deseja que os funcionários exerçam uma etiqueta corporativa mínima (e.g.: roupas, não mexer em redes sociais e jogos durante o trabalho e outros exemplos) e, mesmo com um aviso *a priori*, o empregado não cumpra esses requisitos, observa-se que a justa causa poderá ser utilizada. Além disso, nota-se que, devido à hierarquia prevista no contrato de trabalho, o empregador pode sim questionar o empregado quando ele não estiver trabalhando durante a sua jornada prevista, se desrespeitar o regimento interno da empresa ou descumprir os avisos prévios que deveriam ser seguidos durante o trabalho.

O abandono de emprego também é uma hipótese que valida a justa causa. Há uma convenção jurisprudencial (Súmula nº 32. Abandono de emprego – Res. 121/2003, DJ 21-11-2003.) de que se presume o abandono do emprego se o trabalhador não retornar ao local de trabalho no prazo de trinta dias após a cessação do benefício previdenciário nem justificar o motivo de não o fazer. Todavia, essa circunstância temporal perde sua significância se o *animus* de deixar o emprego estiver manifestamente evidenciado pelas ações do empregado, tal como realizar um novo contrato de trabalho a serviço

de outro empregador no mesmo horário do seu trabalho anterior (SIMÃO SZNIFER, 2020, p. 444). Desse modo, nota-se que é demasiadamente importante a reflexão acerca do que é considerado local de trabalho nas atividades remotas. Isso ocorre porque durante o teletrabalho, é possível que o “local de trabalho” do indivíduo seja um celular, um *tablet*, um computador familiar e outros exemplos. Nesse contexto, é importante para garantir uma segurança jurídica da relação contratual, que o empregador, previamente, caso deseje que o trabalho seja realizado exclusivamente pelo computador da empresa ou pela máquina tecnológica pessoal do empregador, alertar que não deseja que o trabalho seja realizado pelo celular, por exemplo, visto que ele acredita que isso possa contribuir para a perda da eficiência do serviço. Outros exemplos seria o empregador aconselhar que as videoconferências sejam realizadas em um cômodo organizado e silencioso da residência da pessoa, e não que o indivíduo participe da chama de vídeo em um local público e barulhento. Sendo assim, no contexto da pandemia e da ampliação da utilização do teletrabalho, é fundamental que exista um acordo prévio entre as partes do contrato trabalhista para se averiguar atos de insubordinação e abandonos do posto de trabalho.

Ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra quaisquer pessoas, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem é outra hipótese de justa causa. O dispositivo em análise também é aplicável em relação à violação à honra de terceiro alheio, visto que o legislador pretendeu resguardar a preservação da honra e da boa fama das pessoas (SIMÃO SZNIFER, 2020, p. 444). Poderá configurar os fatos típicos de injúria, calúnia ou difamação (arts. 138 a 140 do CP). Também não são admissíveis ofensas corporais pelo empregado, salvo em caso de legítima defesa própria ou de outrem (art. 25 do CP).

Em relação a ofensas físicas, as quais também geram justa causa, é importante ponderar que o local no qual elas se realizam é irrelevante, ou seja, elas poderão ocorrer dentro ou fora das dependências da empresa.

No que concerne aos institutos das *alíneas j e k* do art. 482 da CLT expostas logo acima, nota-se que elas sofreram uma mudança significativa durante o teletrabalho, visto que, se existir essa conduta inadequada do empregado por quaisquer meios de comunicação (mensagem, vídeo etc.), será possível a utilização da justa causa.

A prática constante de jogos de azar também valida a justa causa. Vale ressaltar que a realização desses jogos deve ser de modo reiterado. Jogos de caráter recreativo, fora do horário de trabalho, não poderão ensejar rompimento contratual (SIMÃO SZNIFER, 2020, p. 444). Na dinâmica do teletrabalho, pode-se considerar que, se constatado, por meio das formas de fiscalização que o empregador possui (e.g.: aplicativos instalados – com a permissão do empregado – no computador que o funcionário utiliza), que há a prática reiterada jogos de azar, será possível a resolução contratual com uma penalização máxima ao indivíduo que realiza esses jogos.

A perda da habilitação ou dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão, em decorrência de conduta dolosa do empregado é uma modalidade de justa causa cujo intuito mais precípuo é não prejudicar a atividade laboral da empresa por atitude de má fé do empregado. Porém, é necessária a comprovação da conduta dolosa do empregado, ou seja, não configurará uma dispensa por justa causa se a perda da habilitação ou dos requisitos legais para o exercício profissional decorrer de conduta meramente culposa do empregado (SIMÃO SZNIFER, 2020, p. 445). Com isso, observa-se que essa *alínea* é mais aplicada para profissões na qual o empregado necessita utilizar um automóvel para realizar sua função laboral, tal

como transportadoras. Desse modo, nota-se que não há uma íntima afinidade entre essa *alínea* e o teletrabalho.

Por fim, atos atentatórios contra a segurança nacional também constituem justa causa para a dispensa do empregado. Desse modo, se constatado que o funcionário realizou medidas que afrontem a proteção do país, o subordinado poderá ser dispensado com justa causa.

CONCLUSÃO

O artigo em questão possui como finalidade precípua demonstrar como a experiência da MP 927/2020 pode contribuir para futuras regulamentações jurídicas que envolvam o instituto da justa causa obreira e o teletrabalho.

Nos últimos anos, em função dos impactos da inovação tecnológica, a qual facilitou a comunicação virtual, observava-se que a substituição do trabalho presencial pelo teletrabalho era uma tendência. Com a necessidade de se adequar a essa nova forma de exercer as funções laborais devido à obrigatoriedade do isolamento social no contexto da pandemia do Covid-19, acreditamos que inúmeras empresas tenderão a realizar o teletrabalho, seja de forma parcial ou total, visto que ele já era uma tendência a ser adotado por inúmeros setores da economia (TREMBLAY, 2002, p. 62)

Sendo assim, é um dever da ciência jurídica se flexibilizar para garantir ordenamentos que garantam uma segurança jurídica na regulamentação dessas novas realidades.

Dessa forma, espera-se que todas as análises sociais e jurídicas expostas possam contribuir para que os estudiosos e operadores do direito, por meio de diversas técnicas hermenêuticas, consigam realizar juízos interpretativos a fim de adequar antigos dispositivos

jurídicos (tais como a Consolidação das Leis do Trabalho que teve sua gênese na fase pré- industrial) à luz do cenário atual. Por fim, é pertinente a reflexão feita pelo jurista Ronald Dworkin (2005, pp. 235-240) acerca do direito como “romance em cadeia”, pois a exegese do ordenamento jurídico só faz sentido a partir da atualização semântica das normas jurídicas, portanto, cada capítulo desse romance contínuo e infinito deve ser escrito por cada um de nós, visando sempre à coesão e à sistematicidade do direito.

Assim, é forçoso convir que a nova hermenêutica jurídica trabalhista deve levar em consideração a realidade social contemporânea, a luz de seus princípios, para uma adequação doutrinária e jurisprudencial mais equânime, respeitando-se a razoabilidade e a proporcionalidade da aplicação da norma ao contexto atual. Há que se destacar ainda, que esta assertiva se faz presente em razão de não se perceber esta mesma sensibilidade por parte do legislador hodierno.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Martins Fontes, 2011

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 jun. 2020

_____. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 11 jun. 2020

_____. Decreto Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Código das Leis Trabalhistas. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1º maio. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 11 jun. 2020.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 11 jun. 2020

_____. Lei nº 13.467, de 13 de Julho de 2017. Lei da Reforma Trabalhista. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 jul. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm> . Acesso em: 11 jun. 2020

_____. Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, Brasília, DF, 22 mar. 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm> Acesso em: 11 jun. 2020.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 32. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_1_50.html#SUM-1>. Acesso em: 11 jun. 2020

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Cultura Paulista, 2002

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. 2ª ed. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. 42^a ed. Tradução de Raquel Ramalhete Petrópolis: Vozes, 2014

HAN, Byung-chul. **Sociedade do Cansaço**. 2^a ed. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2017

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho**. 9^a ed. São Paulo: Atlas, 2019

MACHADO, Costa; SÁVIO ZAINAGHI, Domingos; SIMÃO SZNIFER, Moyses. **CLT interpretada**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 11^a ed. São Paulo: Manole, 2020.

SANTOS, Milton. **Por uma Outra Globalização**: do pensamento único à consciência universal. 26^a ed. Rio de Janeiro: Record, 2017

TEIXEIRA MANUS, Pedro Paulo. **Direito do Trabalho**. 16^a ed. São Paulo: Atlas, 2015

TREMBLAY, Diane Gabriele. A Organização e Satisfação no Contexto do Teletrabalho. **RAE**, São Paulo, v. 42, n. 3, p. 54- 59, 2002

TELETRABALHO NA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS: REGULAÇÃO DE INFRAESTRUTURA ADEQUADA

TELEWORK IN CORONAVIRUS PANDEMIC: REGULATION OF APPROPRIATE INFRASTRUCTURE

*Gabriela Helena de Oliveira Borges*⁴⁰⁶
*Natália Marques Abramides Brasil*⁴⁰⁷

RESUMO

O presente artigo pretende analisar a relação laboral no período de isolamento social devido à pandemia do COVID-19, no que tange ao fornecimento e aquisição de equipamento e estrutura adequados para a realização do trabalho à distância absorvido por boa parte das empresas como solução para as medidas impostas de distanciamento social. Será discutida a relação de aquisição, manutenção, fornecimento de equipamentos e estrutura necessária para a adaptação ao trabalho à distância, sob o aspecto da relação entre empregado e empregador, a partir de normas legais já existentes e aquelas advindas da MP n° 927, de 22 de março de 2020, que regulamenta normas laborais para o período de calamidade pública em específico.

Palavras-chave: isolamento social. Teletrabalho. Fornecimento. equipamentos.

⁴⁰⁶ Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP). E-mail: gabrielahelenaborges@usp.br.

⁴⁰⁷ Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. E-mail: nabramides@gmail.com.

ABSTRACT

This article pursues to analyze the work relation during the period of social isolation caused by COVID-19 pandemic, focusing on the supplying and acquisition of equipments and structure needed by telework, which has been used by many as a solution during social distancing. It will be discussed the relation of acquisition, maintenance, supplying of equipments and structure needed to adapt to telework, by the perspective of employee and employer relation, specially concerning already existing law and those laws from the temporary act of Brazilian government of number 927 from march 22nd 2020, which regulate work law during the period of public calamity.

Keywords: Social Isolation. Telework. Supplying. Equipments.

INTRODUÇÃO

A pandemia do COVID-19, declarada em 11 de março de 2020 pela Organização Mundial da Saúde (OMS), exigiu medidas de isolamento social para a contenção da contaminação da doença que assolou o mundo rapidamente, diante disso, medidas governamentais foram implementadas para a instalação da quarentena, impondo parâmetros de distanciamento social. No Brasil, o primeiro caso do novo coronavírus foi registrado em 26 de fevereiro de 2020. Já em 6 de fevereiro de 2020 fora aprovada a Lei 13.979, disposta sobre medidas para o enfrentamento da emergência de saúde pública e contenção do coronavírus. No dia 20 de março, por sua vez, foi reconhecido estado de calamidade pública pelo Senado Federal, com a aprovação do Decreto 6/2020.

Diante do cenário propício a uma crise econômica e à diminuição da produção devido ao fechamento do setor comercial, o Governo Federal editou, em 22 de março, a Medida Provisória número

927 para regulamentar as medidas trabalhistas diante do estado de calamidade pública, com o intuito de preservar o emprego e a renda. Posteriormente, em 1 de abril de 2020, foi aprovada a Medida Provisória de número 936, que buscou ampliar medidas de manutenção do emprego e da renda dispostos na MP n° 927, porém não houve alteração acerca da matéria aqui discutida.

Entre as medidas passíveis de adoção estava o teletrabalho, razão pela qual será feita a análise da situação jurídica da relação empregatícia, quanto a este instituto trabalhista, diante da súbita necessidade de adoção de tais medidas, assim como evidente indispensabilidade da adequação das condições materiais para este regime de trabalho à distância.

1 O TELETRABALHO NA CLT

Com o avanço das tecnologias de informação e comunicação, essa modalidade de trabalho foi ganhando força no mercado por flexibilizar o tempo e o espaço da atividade laboral. O teletrabalho é um instituto recente no direito brasileiro, pois a legislação admitiu o trabalho à distância a partir de 2011 (“trabalho telemático”), porém foi somente em 2017 com a reforma trabalhista feita pela Lei 13.467 que o trabalho à distância de fato fora regulamentado. Fica evidente, portanto, a recente regulamentação acerca de tal matéria e consequente possibilidade de melhor adequação à realidade brasileira com o tempo.

A legislação brasileira, no artigo 75-B da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), define teletrabalho da seguinte maneira:

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de

informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Primeiramente, deve-se fazer a devida distinção entre os termos utilizados comumente para este regime de trabalho. Trabalho à distância designa todo o gênero não presencial de trabalho, sendo o teletrabalho parte deste. Por sua vez, não se pode igualar o teletrabalho ao chamado “home office”, uma vez que este designa somente aquele trabalho realizado em domicílio, sendo uma forma de teletrabalho, mas não condizente com a generalidade do termo teletrabalho.

Pode-se entender, portanto, que o teletrabalho, por ser mais amplo que o “home office” não necessariamente será realizado na casa do empregado, mas somente não o será realizado presencialmente nas dependências do local de trabalho mantido pelo empregador. Deve-se, ainda, fazer a ressalva de que o teletrabalho não estabelece a total distância geográfica dos domínios da empresa, podendo o empregado fazer determinadas atividades presencialmente, como permitido pelo parágrafo único do artigo 75-B da CLT, porém a modalidade presencial não é a que configura o predomínio da realização de sua função.

Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado.

§ 1o Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual.

§ 2o Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual.

Quanto à relação contratual, o artigo 75-C determina

expressamente a necessidade de constar no contrato a modalidade de teletrabalho, assim como o acordo bilateral entre empregado e empregador para a mudança de regime, bem como a possibilidade de retorno à modalidade presencial por meio de decisão unilateral do empregador.

Fica evidente que o teletrabalho necessita de equipamentos eficazes de tecnologia da informação e comunicação, como computadores, softwares e programas, além de estrutura adequada, como acesso à internet e energia, para que seja possível a realização das atividades laborais, uma vez que são essenciais para o contato entre empregado e empregador e a chave para a relação destes, por estarem geograficamente separados.

Diante disso, a legislação brasileira se preocupa em regular acerca de tais ferramentas necessárias para um ambiente favorável à realização do teletrabalho. Em decorrência disso, o artigo 75-D da CLT, buscando regular sobre tal assunto, traz a seguinte redação:

Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito.

Parágrafo único. As utilidades mencionadas no caput deste artigo não integram a remuneração do empregado

Há, pois, a determinação para que seja constado expressamente no contrato individual sobre a aquisição, manutenção e fornecimento dos equipamentos necessários, bem como a estrutura, não sendo considerados para fim de remuneração, uma vez que não possuem natureza salarial.

Paralelamente, tendo em vista o princípio da inalterabilidade contratual *in pejus*, o contrato trabalhista faz lei entre as partes

(CASSAR, 2018) e a autonomia de manifestar livremente as vontades das partes deve estar condicionada aos limites legais, não podendo haver alteração contratual quando prejudicial ao empregado.

Pelo risco do empreendimento ficar a cargo do empregador e devido à lógica protetiva laboral, entende-se que se não for constatado expressamente no contrato individual tais cláusulas, em acordo com o artigo 75-D, recairá ao empregador a responsabilidade de ressarcir os custos ao empregado quanto à aquisição e manutenção dos equipamentos tecnológicos e estrutura necessários para a realização da atividade laboral definida.

2 O TELETRABALHO NA PANDEMIA

Diante das necessidades de isolamento social impostas pela pandemia mundial da COVID-19, o Governo Federal buscou, a partir da Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020, estabelecer medidas trabalhistas para a preservação do emprego bem como da renda, no intuito de enfrentar o estado de calamidade e de emergência públicas.

Uma das medidas possíveis de adoção trazidas pela MP 927 em seu artigo 3º, inciso I, foi justamente a modalidade do teletrabalho. Diante da urgência do distanciamento social e da alteração da modalidade presencial para trabalho à distância, a MP 927 permitiu, no artigo 4º, caput, a alteração para tal modalidade não presencial mesmo sem acordo bilateral, não necessitando do registro prévio da alteração no contrato individual trabalhista. Define, ainda, no parágrafo 2º do mesmo artigo, que a notificação de tal alteração deveria se dar com, no mínimo, 48 horas de antecedência.

Percebe-se certo desacordo entre o art. 75-C, §1º, da CLT, e o caput do art. 4º da MP nº 927. Porém, compreende-se a necessidade

e urgência do estabelecimento do trabalho à distância como maneira de contenção da contaminação do coronavírus. Dessa maneira, apesar da contradição, a MP 927 regulou o período extraordinário em questão, sendo específica para o período da pandemia, tendo a medida provisória efeitos de lei temporária, como defendido pelo Ministro Marco Aurélio em seu voto da ADI 6.342, e por ter vigência somente durante o estado de calamidade pública, como estabelecido no parágrafo único do art. 1º da MP 927, é a norma que devia ser utilizada durante tal período.

A MP nº 927 estabeleceu nos parágrafos 3º e 4º do art. 4º que deveria constar em contrato ou aditivo contratual sobre a responsabilidade acerca da aquisição, fornecimento e manutenção de equipamentos tecnológicos e estrutura necessária. Bem como, definiu a possibilidade de haver o reembolso para gastos do empregado com a aquisição do material necessário. Definiu-se, ainda, que o contrato escrito deveria ser firmado com o prazo de até trinta dias, se já não o fora previamente, a partir da mudança do regime do trabalho.

Entendeu-se, também, que havia a possibilidade de o empregador fornecer os equipamentos necessários por meio de comodato bem como arcar com os gastos de infraestrutura, como serviço de internet e energia, não se caracterizando como verba de natureza salarial. Caso não fosse possível a oferta em comodato, deveria ser computado o período normal de trabalho como tempo à disposição do trabalhador, contando, pois, para fins de remuneração. Quando o empregador não fornecesse as ferramentas necessárias para a realização do teletrabalho e o empregado não as possuísse, o teletrabalhador tem direito à remuneração equivalente a sua jornada normal de trabalho, pois a falta de equipamentos tecnológicos e estrutura não suprida pelo empregador impede a realização de suas atividades laborais.

Deve-se ter em mente que os princípios trabalhistas continuaram vigorando e, portanto, faz-se mister entender que como o empregado constitui parte mais fraca da relação trabalhista, com base no princípio *in dubio pro operario*, a interpretação mais favorável ao empregado é a que deve prevalecer, assim como deve haver a primazia da situação mais benéfica ao trabalhador. A partir desse entendimento, caso não fosse estabelecido em contrato acerca da responsabilidade sobre aquisição, fornecimento e manutenção de equipamentos tecnológicos e estrutura, tem de se assumir como responsabilidade do empregador arcar com tais custos, podendo o empregado entrar com ação pedindo reembolso caso tenha arcado com os custos indevidamente.

3 A VALIDADE DA MP Nº 927/2020

Reforça-se, também, que as alterações no regime jurídico do teletrabalho, pela MP 927, tinham natureza de lei excepcional, cuja validade estava expressamente vinculada ao período do Decreto n. 6/2020, que decretou o estado de calamidade pública nacional, e cessada a vigência deste, voltaria a regulamentar o teletrabalho os artigos 75-A, 75-B, 75-C, 75-D e 75-E, da CLT.

Porém, em 19 de julho de 2020, com a falta de votação a tempo pelo Senado Federal, a MP 927 caducou e perdeu sua validade. Dessa maneira, volta a valer a regulamentação da CLT, que, em relação à matéria tratada no presente artigo, não percebe-se grande mudança, mas assegura-se que a prevalência da CLT representa maior segurança jurídica e estabelece parâmetros satisfatórios para a adequação futura a tal regime de trabalho.

Uma vez que o teletrabalho estabelecido durante a prevalência da MP 927 devem ser regulados por ela, sua garantia semelhante à da

CLT quanto ao fornecimento e aquisição de equipamentos e estrutura garante o direito dos teletrabalhadores.

A volta da vigência da CLT apresenta-se como benéfica, uma vez que possui uma configuração de maior segurança para a garantia dos direitos dos trabalhadores. Além disso, estabelece a necessidade de contrato escrito e acordo bilateral para a alteração para o regime de teletrabalho, exigindo um acordo mútuo entre empregador e empregado para as relações empregatícias firmadas a partir de quando a MP 927 caducou.

As relações de teletrabalho firmadas durante seu período de vigência devem ser regidos por aquilo estabelecido na “lei temporária” que prevalecia durante a vigência daquela medida provisória, e que, em matéria de fornecimento e aquisição de equipamentos necessários, garantiu ao empregado o direito de reembolso de suas despesas para viabilizar o teletrabalho, caso não tenha sido acordado quem se responsabilizaria pelas mesmas.

CONCLUSÃO

Tendo em vista as medidas trabalhistas impostas pela Medida Provisória n° 927, de 22 de março de 2020, ao que concerne equipamentos tecnológicos e estrutura necessários para a realização do teletrabalho, percebe-se como satisfatórias as medidas trazidas para o período da pandemia em que teve vigência, visto que condizia com a regulação prévia da CLT, pois estabelecia a necessidade de contrato escrito para o acordo de fornecimento e aquisição. Regulava meios para que fosse suprida pelo empregador a falta de tais ferramentas, assim como garantia segurança de remuneração ao empregado caso não fosse possível o fornecimento ou aquisição pelo empregador.

O intuito principal da MP n° 927 era justamente a manutenção

do emprego e da renda, diante do estado de calamidade pública que o país se encontra. Defender meios de proteção ao interesse de ambas as partes na relação laboral de maneira a equilibrar os pesos e sem prejudicar nenhuma das partes é complexo, mas deve servir como guia.

Garantir ao empregado equipamentos tecnológicos de qualidade e estrutura adequada para a realização de suas atividades laborais à distância em meio à pandemia não se caracteriza apenas como importante, mas necessário, tanto para a manutenção da renda, como para a garantia de uma saúde mental e física ao colaborar com o distanciamento social, contribuindo com o combate ao estado de calamidade pública.

Diante do cenário de altos índices de desemprego, há a propensão do empregado se submeter a imposições do empregador a qualquer custo para a manutenção de seu emprego, por isso, considera-se de extrema importância a fixação de contrato escrito para a regulamentação da responsabilidade do custeio dos equipamentos e estrutura para o teletrabalho. Conseqüentemente, a preocupação com os direitos trabalhistas deve prevalecer mais do que nunca, para que não se sacrifique direitos conquistados e nem aumente a taxa de desemprego já tão preocupante.

Compreende-se que há diversos outros problemas trabalhistas a serem discutidos e que necessitam de igual atenção, mas tendo como foco os equipamentos tecnológicos e estrutura necessários para a realização do teletrabalho em virtude da pandemia, é fundamental a conscientização das medidas estabelecidas para esse regime de trabalho durante a vigência da MP n° 927/2020, para que aqueles que foram submetidos a ele, principalmente de forma unilateral, tenham em mente seus direitos, bem como possam conseguir estabelecer um ambiente propício para cumprir suas atividades laborais em meio à

pandemia e tenham ciência da possibilidade de proporem ação trabalhista para reembolso dos custos que suportou, no caso da não instrumentalização do acordo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso. Lei n° 13.979, de 6 fev. 2020. Enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 07 fev. 2020. Seção 1, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/L13979compilado.htm. Acesso em: 17 jun. 2020.

BRASIL. Medida provisória n° 927, de 22 de março de 2020. Medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 mar. 2020. Seção 1 - extra, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm. Acesso em: 08 de junho de 2020.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**: de acordo com a reforma trabalhista. 16. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método. 2018.

Coronavírus: OMS declara pandemia. **BBC News Brasil**, 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-51842518#orb-banner>. Acesso em: 12 de junho de 2020.

FINCATO, Denise. Teletrabalho na reforma trabalhista brasileira. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 8, n. 75, p. 58-72, fev. 2019.

NETO, Francisco Ferreira Jorge; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; WENZEL, Leticia Costa Mota. **O Coronavírus: uma pandemia jurídica trabalhista e a Medida Provisória 927/2020.** 2020. Disponível em: http://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2020/04/ferreira_quadros_costa_noticias_cielo_n4_2020.pdf. Acesso em: 09 de junho de 2020.

OLIVEIRA, Marcelo. Aprovado o decreto que coloca o País em estado de calamidade pública. **Agência Câmara de Notícias**, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/646493-APROVADO-O-DECRETO-QUE-COLOCA-O-PAIS-EM-ESTADO-DE-CALAMIDADE-PUBLICA>. Acesso em: 12 de junho de 2020.

RODAS, João Grandino. **Como ficam as relações de trabalho diante das MPs 927 e 936 e ADIs 6.342 e 6.363.** 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-28/olhar-economico-relacoes-trabalho-diante-mps-927-936-adis-6342-6363>. Acesso em: 17 jun. 2020.

RODRIGUES, Alex. Ministério da Saúde confirma primeiro caso de coronavírus no Brasil. **Agência Brasil**, 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-02/ministerio-da-saude-confirma-primeiro-caso-de-coronavirus-no-brasil>. Acesso em: 12 de junho de 2020.

VALENTE, Fernanda. Marco Aurélio reafirma que MP trabalhista é emergencial e temporária. **Consultor Jurídico**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-23/marco-aurelio-reafirma-mp-trabalhista-emergencial-temporaria#:~:text=Marco%20Aur%20lio%20reafirma%20que%20MP%20trabalhista%20C3%A9%20emergencial%20e%20tempor%20A1ria&text=A%20Medida%20Provis%20B3ria%20927>

%2C%20que, fonte%20do%20sustento%20dos%20trabalhadores.

Acesso em: 17 jun. 2020

UBERIZAÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA: A INTENSIFICAÇÃO DA PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO DOS ENTREGADORES DE PLATAFORMAS DIGITAIS

UBERIZACIÓN EN TIEMPOS DE PANDEMIA: LA INTENSIFICACIÓN DE LA PRECARIEDAD DEL TRABAJO DE REPARTIDORES DE PLATAFORMAS DIGITALES

*Jasiel Ivo*⁴⁰⁸

*Regina Andrade Sales Farias Lessa*⁴⁰⁹

RESUMO

O presente artigo propõe um estudo acerca da precarização dos trabalhadores atingidos pelo fenômeno da uberização, à luz das circunstâncias atuais impostas pela pandemia do novo coronavírus (COVID-19). O objetivo do trabalho é suscitar a urgência em visibilizar as explorações sofridas pelo grupo de trabalhadores considerados autônomos e parceiros de plataformas digitais, os quais estão inseridos em uma conjuntura de vulnerabilidade econômica, social e ambiental. Para tanto, foi abordado o projeto de desvalorização do trabalho contextualizado no cenário pré e pós pandemia. A análise feita consiste em pesquisas bibliográficas e investigação de dados com metodologia analítica dedutiva, buscando levantar evidências sobre a precarização dos trabalhadores de

⁴⁰⁸ Professor Adjunto IV da Faculdade de Direito de Alagoas, da Universidade Federal de Alagoas. Doutorando em Direito PPGD pela Universidade Católica de Pernambuco. E-mail: jasiel.ivo@hotmail.com

⁴⁰⁹ Discente do Graduação do Curso de Direito da Universidade Federal de Alagoas. E-mail: regina.lessa@fda.ufal.br.

plataformas digitais que não são amparados pela proteção legal de um contrato formal, sendo mais suscetíveis a vivenciar reduções de direitos e transformações desumanas nas relações de trabalho.

Palavras-chave: entregadores de plataformas digitais. precarização. redução de direitos. pandemia. uberização.

RESUMEN

Este artículo propone un estudio sobre la precariedad de los trabajadores afectados por el fenómeno de la uberización, a la luz de las actuales circunstancias impuestas por la pandemia del nuevo coronavirus (COVID-19). El objetivo del trabajo es plantear la urgencia de visibilizar las exploraciones que sufre el grupo de trabajadores considerados autónomos y socios de las plataformas digitales, que se insertan en una coyuntura de vulnerabilidad económica, social y ambiental. Para ello, el proyecto de desvalorizar el trabajo contextualizado en la pre y post pandemia. El análisis realizado consiste en una investigación bibliográfica e investigación de datos con una metodología analítica deductiva, buscando evidenciar la precariedad de los trabajadores de plataformas digitales que no se apoyan en la protección legal de un contrato formal, siendo más susceptibles a sufrir reducciones de derechos y transformaciones inhumanas en las relaciones laborales.

Palabras clave: repartidores de plataformas digitales. precarización. reducciones de derechos. pandemia. uberización.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, ao contrário do imaginário que pressentia o fim do trabalho, vivencia-se a ampliação da precarização do mesmo, que atinge diversos setores produtivos e expande-se em diversas partes do mundo (ANTUNES, 2019).

Essa precarização sucede-se mediante inserção de políticas neoliberais que buscam aumentar o lucro das empresas e explorar mão-de-obras com a narrativa de não existência de vínculo empregatício, eximindo-se, então, de qualquer responsabilidade perante a inobservância de direitos sociais e trabalhistas.

Diante de um contexto de transformações tecnológicas que busca automatizar os meios de trabalho por intermédio da tecnologia, surge o fenômeno social da uberização: mecanismo mediado por plataformas digitais que propõe o crescimento do trabalho digital, ampliando o universo dos trabalhadores autônomos e parceiros, sem vínculos formais de trabalho.

Atualmente, devido à pandemia do novo coronavírus (COVID-19), aumenta-se a adesão de trabalhadores nas plataformas digitais e, conseqüentemente, a informalidade e a violação de direitos destes, agora junto do risco de contágio de um vírus pandêmico.

Nesse contexto, o presente trabalho propõe a discussão sobre a precarização desses trabalhadores, bem como o surgimento do fenômeno de uberização e suas características, pautando o cenário pré e pós coronavírus. Ademais, apresentam-se os riscos sofridos pelos trabalhadores e as medidas tomadas pelas empresas nessa conjuntura.

1 UBERIZAÇÃO: SURGIMENTO E DEFINIÇÃO

Decorrida ao longo do século XX, a expansão digital-informacional de empresas impelidas por capitais financeiros presencia a intensificação do processo de precarização do trabalho, protagonizada pela “trípode destrutiva” das relações trabalhistas: a terceirização, a informalidade e a flexibilidade (ANTUNES, 2019).

A terceirização, ou subcontratação, apresenta-se como uma forma de trabalho com contratos flexíveis que indispõe de proteção

trabalhista. Ademais, mostra-se como uma importante peça tratando-se de estratégias corporativas (ANTUNES, 2018). Por ser uma relação interempresas, possibilita uma maior flexibilização de direitos – por meio de contratos de trabalho por tempo determinado, por exemplo – e auxilia na desestruturação da classe trabalhadora perante os órgãos sindicais.

A informalidade, por outro lado, é entendida como a “ruptura com os laços formais de contratação e regulação da força de trabalho” (ANTUNES, 2018). Assim como a terceirização, é utilizada como um mecanismo para ampliação da desvalorização do trabalho por, expressamente, importar uma forma de trabalho que não é subordinada à legislação social protetora deste.

Por fim, a flexibilidade tem fundamento no desmonte de direitos trabalhistas conquistados a partir da década de 30, criando relações de trabalho como trabalho temporário, parcial, informal e autônomo (ANTUNES, 2018).

O mercado de trabalho, então, intensifica a adoção de “elementos corrosivos em relação à proteção do trabalho, que foi resultado de lutas históricas e seculares da classe trabalhadora em tantas partes do mundo” (ANTUNES, 2020).

No Brasil, esse processo é conduzido pela ascensão de uma crise econômica impulsionada por reformas de cunho neoliberais – tais como a PEC 55/2016, conhecida por Emenda Constitucional do Teto dos Gastos Públicos, Reforma Trabalhista de 2017 e Reforma da Previdência de 2019.

Essas reformas, que surgiram com a proposta de geração de empregos e ampliação do desenvolvimento do país, não cumpriram com as expectativas prometidas; todavia, acabaram por legitimar condições de trabalho precárias existentes, além de impactar nas novas relações de trabalho, que atualmente seguem o padrão de

escassa proteção social (ALMEIDA, 2019).

Diante dessa crise econômica e das transformações tecnológicas advindas da globalização, surgiram empresas que, por meio de plataformas digitais, preconizaram a realização do trabalho de uma maneira independente, onde ocorre uma ligação direta entre a prestação de serviço e a demanda de clientes. Advindo, então, a uberização.

A uberização é o fenômeno social que atinge esses trabalhadores. Esta não comporta apenas uma crise do capitalismo; mas um projeto que possui o objetivo de individualizar e invisibilizar as relações de trabalho, assumindo a aparência de “prestação de serviços” e sobretudo de autonomia sobre a força de trabalho, quando, na realidade, ao se romper com a noção de trabalho assalariado, expande-se cada vez mais a exploração (ANTUNES, 2019).

As empresas idealizadoras das plataformas digitais que protagonizam esse fenômeno sustentam o discurso de que apenas atuam como mediadoras entre a oferta e a procura, além de que os seus prestadores de serviço são personagens autônomos por não serem submetidos a subordinação de um contrato de trabalho que estabelece horário específico para o labor.

Quando entram em cena os enxugamentos, as reestruturações, as “inovações tecnológicas da indústria 4.0”, enfim, as reorganizações comandadas pelos que fazem a “gestão de pessoas” e pelos que formulam as tecnologias do capital, o que temos é mais precarização, mais informalidade, mais subemprego, mais desemprego, mais trabalhadores intermitentes, mais eliminação de postos de trabalho, *menos pessoas trabalhando com os direitos preservados*. Para tentar “amenizar” esse flagelo, propaga-se em todo canto um novo subterfúgio: o “empreendedorismo”, no qual todas as esperanças são apostadas e cujo desfecho nunca se sabe qual será. (ANTUNES, 2018, p. 44)

No entanto, o trabalhador não pode ser considerado autônomo por ser dependente quanto a fixação de preços realizada pela plataforma digital a qual presta serviço, e por não se enquadrar no princípio crucial da autonomia laboral: organizar e gerenciar o próprio negócio (CARELLI, 2019). Ademais, os trabalhadores são impelidos a cumprirem jornadas desumanas, visando o alcance de metas diárias que possuem o marco do seu limite físico possível (OLIVEIRA, 2019).

Outrossim, os trabalhadores, classificados como parceiros e autônomos dessas plataformas digitais, não vivenciam uma redução de direitos trabalhistas, visto que estes não são protegidos por um contrato de trabalho e são vulneráveis a riscos e transgressões de direitos sociais cotidianamente.

Diante da ausência de regulação social do trabalho, os trabalhadores assumem o risco da atividade (COSENTINO, 2019), arcando com os custos de manutenção dos veículos utilizados, alimentação, seguridade e entre outros. Sendo assim, ao sofrerem acidentes no ambiente de trabalho, por exemplo, não são segurados e amparados pelas empresas, enfrentando a informalidade e a desproteção.

A informalidade que protagoniza as relações de trabalho estabelecidas pelas plataformas digitais é prejudicial para os trabalhadores. Atualmente, atinge 38,4 milhões de trabalhadores, sendo 24,2 milhões autônomos – incluindo trabalhadores sem Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), empregadores sem Cadastro Natural de Pessoa Jurídica (CNPJ) e trabalhadores familiares auxiliares (SOARES, 2020).

Utilizada pela engenharia do capital para obter lucros exorbitantes, esse mecanismo é um elemento fundamental para evidência da precarização no trabalho.

Portanto, esse descaso confronta diretamente princípios fundamentais de dignidade e valor social do trabalho, além dos objetivos da nação que visam erradicar a pobreza, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem estar social de todos, e não apenas àqueles caracterizados como empregados (OLIVEIRA, 2020).

2 PANDEMIA E INTENSIFICAÇÃO DA PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO

No dia 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou que o surto da doença causada pelo novo coronavírus (COVID-19) constitui o mais alto nível de alerta da Organização, diante do Regulamento Sanitário Internacional. Mais de 13 milhões de casos foram confirmados no mundo e mais de 500 mil pessoas morreram desde o primeiro confirmado em 27 de novembro de 2019 até 17 de junho de 2020 (OMS; OPAS, 2020).

Com o objetivo de diminuir os danos da maior crise sanitária do século XXI, foram estabelecidas providências visando o isolamento social como forma de impedir a propagação do vírus. Assim, sucederam-se modificações em todos os âmbitos sociais que buscaram, sobretudo, transformar as relações trabalhistas.

Por intermédio de legislações de urgência editadas pelo Governo Federal, como a Medida Provisória 927 e 936, foram implantadas políticas para enfrentamento do estado de calamidade pública decorrente do novo coronavírus.

Uma dessas políticas implantadas foi o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda. O programa foi a principal ferramenta para a redução do impacto social no contexto de pandemia por meio da implantação de algumas medidas: o benefício

emergencial, a redução de jornada e a suspensão temporária do contrato de trabalho (BRASIL, 2020).

O Benefício Emergencial funcionou como uma garantia financeira para milhares de famílias, além de assegurar a subsistência destas ao preservar a renda dos que foram afetados pela redução de jornada e a suspensão temporária do contrato de trabalho.

As medidas que visam a possibilidade de redução de jornada e suspensão temporária do contrato de trabalho também se mostraram benéficas se tratando de pequenas empresas vulneráveis, que além não possuem condições de manter os seus trabalhadores – que passaram a receber o auxílio emergencial –, também sofreram impactos devido ao cenário da pandemia.

No entanto, concernente aos grandes núcleos empresariais, a previsão de acordos individuais aparece como uma violação à irredutibilidade do salário prevista pela Constituição de 1988, causando insegurança jurídica aos mais vulneráveis.

Todavia, ressalta-se que os trabalhadores de plataformas digitais foram excluídos da folha de pagamento do auxílio emergencial financeiro concedido aos demais autônomos. O veto, manifestado pelo próprio Presidente da República, foi fundamentado sob a justificativa de que a proposta ofende o princípio da isonomia e igualdade material por especificar somente algumas categorias profissionais (COLETTA, 2020).

Visto que a Medida Provisória 905, editada em novembro de 2019, institui a possibilidade de flexibilização de direitos trabalhistas antes da pandemia, podemos afirmar que crise sanitária apenas reforçou um colapso do modelo capitalista que já existia no pré-coronavírus, acarretando um aumento de desemprego e da precarização da força de trabalho.

2.1 Ausência da proteção do contrato de trabalho

No contexto da pandemia, a falta de regulamentação de um contrato de trabalho para esses trabalhadores se tornou ainda mais prejudicial.

De acordo com uma pesquisa realizada com base nos microdados da Pnad-Covid, diversos profissionais afastados dos seus respectivos empregos, por conta da pandemia, tiveram que procurar fontes alternativas de renda, recorrendo principalmente ao serviço dos aplicativos de entrega.

Uma pesquisa realizada no Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho da Unicamp (Cesit – Unicamp), em parceria com pesquisadores da Universidade Federal de São Paulo (Unifesp), Universidade de Juiz de Fora (UFJF), Ministério Público do Trabalho (MPT) e Universidade Federal do Paraná, relatou os problemas acometidos pelos trabalhadores.

A amostragem feita nas maiores cidades do país verificou que, diante da ausência de direitos garantidos por meio de contratação – décimo terceiro, férias remuneradas e entre outros –, esses trabalhadores enfrentam massivas e desumanas jornadas de trabalho.

A maioria dos entrevistados relatou que trabalhava mais de oito horas diárias, antes da pandemia. Pós pandemia, o número de trabalhadores que enfrentam jornadas de oito a mais de quinze horas trabalhadas diariamente aumentou para mais de sessenta por cento (ABÍLIO et al., 2020).

Diante desse cenário e por pressão de diversos trabalhadores que se manifestaram por meio de greves ocorridas por todo o país, algumas plataformas digitais disponibilizaram assistências financeiras para os seus colaboradores durante 14 dias, caso tenham sido diagnosticados com COVID-19 ou sendo orientados, por

médicos, a cumprirem isolamento social (INGIZZA, 2020).

No entanto, essa assistência financeira foi alvo de diversas críticas por parte dos trabalhadores, transformando-se, inclusive, em objeto de ação ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho, visando a obtenção dos seus direitos. As críticas majoritariamente são relacionadas ao valor da assistência financeira e a burocracia envolvida para o seu pleito.

2.2 Diminuição da remuneração

Os dados levantados pelas pesquisas realizadas pelo Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho da Unicamp e pela Rede de Estudos e Monitoramento da Reforma Trabalhista (Remir Trabalho) indicam que os trabalhadores de aplicativo estão enfrentando jornadas maiores, como já exposto. No entanto, também indicam uma menor remuneração em meio a pandemia.

Observa-se, então, que o aumento da jornada não acompanha proporcionalmente o aumento da remuneração, o que contradiz a lógica da proposta dessas empresas que propagam o discurso de flexibilização de horário e autonomia (KREIN; MANZANO, 2020).

Esses dados apontam que a média de rendimento efetivo mensal dos trabalhadores entrevistados diminuiu, em média, mais de 35%. Recebendo menos, os trabalhadores aumentam as jornadas de trabalho buscando igualar o rendimento (ABÍLIO et al., 2020).

Sendo assim, além do risco de contágio do vírus pandêmico, a redução da remuneração desses trabalhadores intensifica a condição de precarização nesse ambiente de trabalho.

No mês de fevereiro, o Rappi, uma dessas empresas, registrou um crescimento de 30% na América Latina e, em março, um aumento de 300% do número de entregadores cadastrados. Além disso,

pesquisas apontam que os gastos com entregas por meio desses aplicativos cresceram mais de 94% na pandemia (ABÍLIO; ALMEIDA, 2020).

Os entregadores acreditam que, devido ao aumento do número de cadastrados, ocorreu uma redução significativa das chamadas para as entregas, além de redução de ofertas de prêmio e de períodos com tarifas dinâmicas – quando a demanda de pedidos era maior do que a oferta de entregadores disponíveis. Ademais, 49,3% dos entrevistados afirmam que houve redução dos bônus oferecidos pelas empresas (KREIN; MANZANNO, 2020).

Com maior demanda, mais funcionários e mais horas trabalhadas, os aplicativos crescem junto com o lucro dessas empresas. No entanto, também cresce a precarização desses trabalhadores que chegam a cumprir jornadas de quinze horas diárias, em um cenário pandêmico, sem garantias e seguros em caso de acidentes de trabalho, recebendo cerca de 60% do que recebiam no período que antecede a pandemia.

3 MEDIDAS ADOTADAS PELAS EMPRESAS NO CENÁRIO PANDÊMICO

Os riscos no exercício da profissão de motoristas e entregadores são diversificados. No entanto, em face da pandemia, os trabalhadores enfrentam novos desafios por estarem diante de um alto risco de contágio do novo coronavírus durante a rotina de trabalho, adotando medidas de precaução que, na maioria das vezes, são custeadas pelos próprios trabalhadores.

Por conta da necessidade de maior cuidado com higienização por recomendações da Organização Mundial da Saúde – OMS, sindicatos e o Ministério Público do Trabalho dirigiram ações contra

as empresas gerenciadoras das plataformas digitais exigindo medidas urgentes de proteção sanitária aos trabalhadores (OLIVEIRA, 2020).

As decisões dos juízes trabalhistas foram diversas. Enquanto ocorreram liminares favoráveis ao fornecimento de álcool-gel, lavatórios, máscaras, luvas e higienização dos veículos em relação ao Cabify no Rio de Janeiro, o Tribunal Superior do Trabalho suspendeu a imposição de adoção de medidas sanitárias pelo Uber perante os trabalhadores (proc. 1000504-66.2020.5.00.0000).

Ao serem questionados, mais de 50% dos entrevistados afirmaram que não foram adotadas medidas protetivas – oferecimento de máscaras, álcool-gel e luvas – contra o coronavírus pelas empresas e não receberam apoio visando a diminuição dos riscos de contaminação. No entanto, mais de 90% dos entrevistados providenciaram, por conta própria, adotar medidas protetivas para diminuir o risco de contaminação (ABÍLIO et al., 2020).

Uma medida eficiente adotada pela maioria das empresas de entregas por aplicativo foi a realização das entregas sem contato direto, colocado à disposição dos usuários durante a pandemia. Assim, evita-se o contato direto na realização da entrega, diminuindo a possibilidade de contágio.

Salienta-se que 52% dos trabalhadores que não possuem medo de se contaminar, responderam que foram adotadas medidas preventivas por conta das empresas (ABÍLIO et al., 2020).

Em outros termos, a adoção de medidas protetivas por parte das empresas impacta diretamente na sensação de segurança do trabalhador quanto ao risco de contaminação, sendo reduzido o receio daqueles que se sentem protegidos pela empresa.

Em suma, esses trabalhadores estão desprotegidos e vivenciando uma série de violações a respeito da sua segurança no trabalho. A inobservância de direitos que constituem direitos

mínimos de dignidade e prezam pela segurança sanitária do trabalhador, acabam por ocasionar o contágio de um vírus pandêmico letal, pondo em risco a saúde e a vida do trabalhador.

CONCLUSÃO

Perante as discussões pautadas nesse artigo, pôde-se concluir que os trabalhadores, ao desempenharem um serviço essencial (BRASIL, 2020) em tempos de pandemia, estão vivenciando uma intensificação da precarização do trabalho, a qual experienciam há tempos.

Em termos da uberização e seus efeitos, esses trabalhadores vivenciam cotidianamente rotinas de trabalho massivas, chegando a cumprir jornadas de mais de 15 horas diárias. Esse fenômeno social pautado por informalidade, flexibilidade e precariedade, põe em risco a seguridade de trabalhadores e os iludem com o discurso de autonomia ao serem explorados.

Com o aumento do tempo de trabalho e a diminuição de remuneração no contexto da pandemia, os entregadores de plataformas digitais arriscam sua saúde e a vida em condições nocivas, acompanhados pela falta de assistência perante as medidas tomadas pelas empresas para diminuir a possibilidade de contágio.

No que se refere à essas empresas criadoras das plataformas digitais, os lucros são exorbitantes. Sem preocupação com vínculo empregatício, utilizam-se desses trabalhadores para acumulação de riquezas, enquanto estes exercem seus trabalhos em condições degradantes.

Por fim, buscou-se elucidar, diante de dados, o cenário desses trabalhadores que suportam situações alarmantes no ambiente de trabalho devido a falta de regulamentação.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. Trabalho digital, “indústria 4.0” e uberização do trabalho. In: CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muniz; FONSECA, Vanessa Patriota (Coords.). **Futuro do trabalho**: os efeitos da revolução digital na sociedade. Brasília: ESMPU, 2020. p. 347-355.

ANTUNES, Ricardo. **Privilégio da servidão**: o novo proletariado de serviços na era digital. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2018.

BRASIL. Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 mar. 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm>. Acesso em 29 ago. 2020.

BRASIL. Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1 abr. 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm>. Acesso em: 25 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Correição Parcial ou Reclamação Correicional (88). Nº 1000504-66.2020.5.00.0000. Uber do Brasil Tecnologia LTDA e Desembargadora Paula Oliveira Cantelli. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/5/8EA42C5897E1EA_liminarubertst.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2020.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. O trabalho em plataformas e o vínculo de emprego: desfazendo mitos e mostrando a nudez do rei. In: CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muniz; FONSECA, Vanessa Patriota (Coords.). **Futuro do trabalho**: os

efeitos da revolução digital na sociedade. Brasília: ESMPU, 2020. p. 65-83.

CONSENTINO FILHO, Carlo Benito. Neotaylorismo digital e a economia do (des)compartilhamento. In: CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muniz; FONSECA, Vanessa Patriota (Coords.). **Futuro do trabalho: os efeitos da revolução digital na sociedade.** Brasília: ESMPU, 2020. p. 417-429.

INGIZZA, Carolina. **Covid-19: Uber dará auxílio financeiro para motoristas do grupo de risco.** Disponível em: < <https://exame.com/negocios/covid-19-uber-dara-auxilio-financeiro-para-motoristas-do-grupo-de-risco/>>. Acesso em: 23 ago. 2020.

KREIN, André; MANZANO, Marcelo. **A pandemia e o trabalho de motoristas e de entregadores por aplicativos no Brasil.** Disponível em: < https://www.eco.unicamp.br/remir/images/Artigos_2020/A_pandemia_e_os_motoristas_e_entregadores_por_aplicativo_MANZANO_M_KREIN_A_2020_.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2020.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. Formas de contratação do trabalhador na prestação de serviços sob plataformas digitais. In: CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muniz; FONSECA, Vanessa Patriota (Coords.). **Futuro do trabalho: os efeitos da revolução digital na sociedade.** Brasília: ESMPU, 2020. p. 157-189.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **Pandemia e Uberização: O trabalhador lutando “sozinho” na guerra da sobrevivência.** Disponível em: < <https://trab21.blog/2020/06/03/pandemia-e-uberizacao-o-trabalhador-lutando-sozinho-na-guerra-da-sobrevivencia/>>. Acesso em: 21 ago. 2020.

OMS, OPAS. **Folha informativa COVID-19 – Escritório da OPAS e da OMS no Brasil.** Disponível em: <<https://www.paho.org/pt/covid19>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

SOARES, João. **Epidemia de coronavírus expõe vulnerabilidades da “uberização”.** Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/597235-epidemia-de-coronavirus-expoe-vulnerabilidades-da-uberizacao>>. Acesso em: 26 ago. 2020.

A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO: O CAPITALISMO E A EXPLORAÇÃO DOS ENTREGADORES DE APLICATIVO

THE PRECARIOUSNESS OF LABOR: CAPITALISM AND THE EXPLOITATION OF APPLICATION DELIVERERS

*Flávia Andrade Gomes Alves*⁴¹⁰

*Natália Abramides Marques Brasil*⁴¹¹

*Jair Aparecido Cardoso*⁴¹²

RESUMO

Com os avanços do capitalismo novas formas de trabalho surgem, principalmente ligadas a novas tecnologias, o que precisa ser analisado através do direito trabalhista. O objetivo central do trabalho é abordar e analisar a precarização do trabalho, no que tange os entregadores de aplicativo, bem como a maneira que a pandemia do COVID-19 os afetou. Dessa maneira, propõe-se a refletir e analisar,

⁴¹⁰ Aluna de graduação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto

⁴¹¹ Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). E-mail: nabramides@gmail.com

⁴¹² Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP-USP). Coordenador de do grupo de pesquisa "Transformação do Direito do Trabalho na sociedade pós-moderna e seus reflexos no mundo do trabalho (GEDTRAB FDRP/USP). E-mail: jaircardoso@usp.br. om

através de doutrina, análises comparativas, matérias jornalísticas o paradigma por trás dos direitos trabalhistas e os aplicativos de entrega.

Palavras-chave: Trabalho. Ifood. Direitos trabalhistas. Aplicativo. Capitalismo. Precarização.

ABSTRACT

With the advances of capitalism, new forms of work appear, mainly linked to new technologies, which needs to be analyzed through labor law. The main objective of this work is to address and analyze the precariousness of work, with regard to application deliverers, as well as the way that the COVID-19 pandemic affected them. In this way, it proposes to reflect and analyze, through doctrine, comparative analysis, journalistic articles, the paradigm behind labor rights and delivery apps.

Keywords: Labor. Ifood. Labor rights. App. Capitalism. Precariousness.

INTRODUÇÃO

De diferentes formas ao longo dos séculos, o homem se organizou de maneira a incorporar o trabalho a suas vidas. Seja ele formal ou informal, coletivo ou individual, assalariado ou não, o fato é que o trabalho existe e é parte fundamental da vida e manutenção da sociedade. É através dele que as pessoas conseguem suas rendas, que permitem ter uma vida digna e suprir suas necessidades básicas, como alimentação.

Diversos fatores afetam diretamente o mercado de trabalho. Recessão econômica, grau de escolaridade, experiência, novas formas de trabalho, oferta e demanda de serviços, valorização da moeda

vigente, dentre outros. Com novas ideias, tecnologias e novas demandas da população, os modos de empregar e ser empregado vivem “atualizando”. É assim que novos meios de trabalho ingressam na sociedade.

No século XXI, vivemos a quarta fase da globalização, a técnico-científica Informacional. Com o mundo cada vez mais corrido e as pessoas sem tempo para fazerem suas atividades básicas, novos segmentos de mercado surgem. Foi assim que os aplicativos de delivery se popularizaram ao redor do mundo. Com cliques rápidos, qualquer pessoa pode pedir qualquer comida, a qualquer hora, em qualquer lugar. É questão de minutos até que ela esteja em suas casas, como se tivesse acabado de sair do restaurante.

Deve-se atentar, ainda, ao fato de que a matéria analisada neste artigo é recente, discutida pela doutrina jurídica e artigos científicos nos últimos anos. Por conta disso, utiliza-se, no presente trabalho, além dos mesmo, matérias de jornais e estudos de outras áreas das ciências sociais.

O que parece simples e mais um passo de praticidade na vida das pessoas, guarda, por trás, diversos processos. Quem pede, muitas vezes, não os vê ou não racionaliza o que ocorre para que seu pedido seja entregue. É dentro de um desses processos que milhares de pessoas se encontram, na forma de entregadores. É exatamente essas pessoas, suas profissões e suas consequências trabalhistas que é o foco deste estudo.

1 O FUNCIONAMENTO DO APLICATIVO

É difícil de imaginar, mas, até cerca de dez anos atrás, não existiam aplicativos de delivery. É claro, as pessoas até poderiam encomendar uma ou outra comida diretamente com os restaurantes,

mas ainda assim as possibilidades eram limitadas. Com certeza, em nada se parecia com a popularização vista nos dias atuais, onde um único aplicativo possui mais de quinhentas opções de restaurantes, com todas as comidas possíveis e imagináveis. É ótimo receber suas comidas preferidas em sua casa. Para que isso seja possível, diversas pessoas trabalham por trás de cada pedido. Sem dúvida, os principais são os entregadores, esquecidos à margem de todo o processo.

Assim como existem os aplicativos para os clientes fazerem seus pedidos, existem os aplicativos próprios para os entregadores. É através deles que eles aceitam ou não realizar uma entrega, se cadastram e acompanham o fluxo de ganho. Apesar de existirem diversos aplicativos com essa função — iFood, Rappi, UberEats — o presente estudo irá focar no primeiro destes. Isso porque o mesmo é o mais usado pelos brasileiros⁴¹³, possui o maior número de informações sobre o presente tema e o maior número de entregadores cadastrados⁴¹⁴.

O iFood foi fundado em 2011, sendo, desde 2014, líder no mercado brasileiro. Hoje⁴¹⁵, é o líder do segmento na América Latina.

⁴¹³ SILVA, Rafael Rodrigues da. **Estudo mostra que iFood é o aplicativo de entregas mais usado do Brasil.** 2019. Disponível em: <https://canaltech.com.br/apps/estudo-mostra-que-ifood-e-o-aplicativo-de-entregas-mais-usado-do-brasil-142481/#:~:text=Estudo%20mostra%20que%20iFood%20%C3%A9%20o%20aplicativo%20de%20entregas%20mais%20usado%20do%20Brasil,-Por%20Rafael%20Rodrigues&text=Uma%20das%20principais%20melhorias%20provocadas,sem%20precisar%20levantar%20do%20sof%C3%A1..> Acesso em: 08 jun. 2020.

⁴¹⁴ MELLO, Gabriela. **Candidatos a entregador do iFood mais que dobram após coronavírus.** 2020. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/reuters/2020/04/01/candidatos-a-entregador-do-ifood-mais-que-dobram-apos-coronavirus.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 09 jun. 2020.

⁴¹⁵ No ano de 2020.

Desde 2013, é controlado pelo grupo brasileiro de tecnologia Mobile. Somente em março de 2019 foram feitos 30,6⁴¹⁶ milhões de pedidos.

No caso da empresa iFood, o aplicativo destinado para os entregadores chama-se “iFood para Entregadores”, disponível gratuitamente para Android ou IOS. Neles, os interessados realizam um cadastro, onde fornecem seus dados pessoais: a) uma foto da CNH (Carteira Nacional de Habilitação); b) foto do documento do veículo a ser utilizado para entrega; c) número de CPF (Cadastro de Pessoa Física); d) dados de conta bancária.

É importante salientar que nem todos que se cadastram são liberados pela empresa para realizar o delivery. Contudo, uma vez liberado, deve escolher a forma como quer trabalhar. São duas as opções dadas: a) de forma autônoma; b) vinculado a um estabelecimento. Na primeira, o entregador escolhe quando e em qual área deseja fazer a entrega. Já na segunda, fica vinculado a um restaurante específico, entregando os pedidos feitos somente para aquele restaurante. Em ambas as formas, se torna apto a aceitar os pedidos dos clientes do iFood.⁴¹⁷

⁴¹⁶ RODRIGUES, Douglas. **Número de restaurantes que aderiram ao iFood salta 12,7% em meio à pandemia.** 2020. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/economia/numero-de-restaurantes-que-aderiram-ao-ifood-salta-127-em-meio-a-pandemia/#:~:text=O%20iFood%20foi%20fundado%20em,milh%C3%B5es%20de%20pedidos%20pela%20plataforma..> Acesso em: 08 jun. 2020.

⁴¹⁷ DIAS, Maria. **Como o iFood funciona para o entregador? Veja perguntas e respostas.** 2019. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2019/02/como-o-ifood-funciona-para-o-entregador-veja-perguntas-e-respostas.ghtml>. Acesso em: 10 jun. 2020.

Até o último dado disponibilizado, o iFood contava com 140 mil entregadores cadastrados e 200 mil terceirizados, que atendem diretamente restaurantes⁴¹⁸.

2 OS DIREITOS TRABALHISTAS E A QUESTÃO DOS ENTREGADORES

Com o advento do iFood e sua popularização, diversas pessoas passaram a se inscrever no aplicativo e começaram a trabalhar como entregadores. O que pretende-se analisar neste tópico é a situação jurídica, à luz do direito do trabalho, dos entregadores de aplicativo.

São diversas as infrações às leis trabalhistas causadas pelas empresas de delivery por aplicativo, porém mais precisamente pelo iFood: jornada de trabalho superior a oito horas diárias, ausência de pagamento de horas extras, de seguro desemprego, de folgas remuneradas, ausência de atendimento a acidentes de trabalho, de material de proteção, da manutenção das ferramentas de trabalho, de licença à saúde, das férias, do décimo terceiro, do aviso-prévio, do FGTS, dentre outros tantos.

Uma das maiores problemáticas na questão dos entregadores é o que tange o vínculo — ou sua falta — entre eles e o iFood. Para a empresa, o que existe é somente uma intermediação, feita pela mesma, entre aqueles que prestam o serviço (os entregadores) e os clientes. Para eles, os primeiros são agentes autônomos e com liberdade de escolha dos seus horários de trabalho e turnos.

⁴¹⁸ MELLO, Gabriela. **Candidatos a entregador do iFood mais que dobram após coronavírus.** 2020. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/reuters/2020/04/01/candidatos-a-entregador-do-ifood-mais-que-dobram-apos-coronavirus.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 09 jun. 2020.

Em 2019, o MPT (Ministério Público do Trabalho) foi autor de duas ações civis públicas que pediam o reconhecimento do vínculo empregatício entre os motociclistas, que exercem a função de entregadores, e o iFood⁴¹⁹. A questão, portanto, já é pauta de discussão do direito.

Na ação, o MPT afirma que :

“Embora se apresentem como empresas de aplicativo, a finalidade é transportar objetos. Elas, inclusive, estabelecem toda a rotina e prazo em que isso deve ser feito. O trabalhador recebe ordens e uma série de requisitos pelo algoritmo”⁴²⁰

Assim sendo, não se pode entender os entregadores como meros “colaboradores”, mas sim como empregados, que possuem, portanto, todos os direitos trabalhistas consolidados pela CLT.

Como ganham baseado no número de entregas e na quilometragem rodada, mais o fato de que a taxa repassada da entrega é extremamente baixa, muito dos entregadores afirmam trabalhar cerca de treze, quatorze⁴²¹ horas para conseguir o valor de um salário mínimo ao final do mês — o que nem sempre é atingido⁴²².

A Constituição Federal, em seu art. 7º, IV entende que o salário mínimo é imprescindível para a melhoria da condição social. Ao não

⁴¹⁹ AYER, Flávia. **Para Ministério Público do Trabalho, rotina dos motoboys é de exploração**: tratados como autônomos, motociclistas têm jornada de até 14 horas por dia e recebem ordens, rebatem procuradores. Tratados como autônomos, motociclistas têm jornada de até 14 horas por dia e recebem ordens, rebatem procuradores. 2019. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2019/03/10/internas_economia,1036630/para-ministerio-publico-rotina-dos-motoboys-e-de-exploracao.shtml. Acesso em: 08 jun. 2020.

⁴²⁰ Ibidem.

⁴²¹ Ibidem.

⁴²² Segundo a Associação Aliança Bike, o ganho médio mensal dos entregadores é de 992 reais, 53 reais a menos do que o salário mínimo, fixado em 1.045 reais.

dar uma estabilidade em relação a salário aos entregadores, o iFood compromete suas vidas e de suas famílias, bem como sua segurança financeira. É dessa forma que os entregadores levam seus corpos até os limites físicos, realizando jornadas exaustivas, sem intervalos.

Não desfrutando sequer de intervalos, com jornadas muito além do limite legal, os entregadores sofrem com a não aplicação de seus direitos trabalhistas. O art. 7º, XIII da CF afirma que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: duração do trabalho normal **não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais**. Só a partir desse artigo já entende-se que os entregadores do iFood atuam distantemente das normas legais. Quanto aos intervalos, o Art. 71 da CLT prevê que em qualquer trabalho contínuo, **cuja duração exceda de seis horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação**, o qual será, **no mínimo, de uma hora**. No caso específico dos motoristas, tem-se, no Art. 235-C da CLT, que a jornada diária de trabalho do **motorista profissional será de oito horas**, admitindo-se a sua **prorrogação por até duas horas extraordinárias** ou, **mediante previsão em convenção ou acordo coletivo, por até quatro horas extraordinárias**. Como as jornadas, duram, em média, mais de 12 horas, não é cumprido também o Art. 66 da CLT, que prevê um período mínimo de 11 horas consecutivas para descanso entre duas jornadas de trabalho.

O que ocorre é uma exploração dos entregadores, que acreditam serem “autônomos”, como afirma o aplicativo, quando, na verdade, não passam de meros empregados de uma empresa por trás de um telefone. Segundo pesquisa da Associação Aliança Bike, 75%

dos ciclistas que fazem entregas ficam conectados ao aplicativo por até 12h seguidas, sendo que 30% desses trabalham mais tempo⁴²³.

“De sábado pra domingo já cansei de emendar direto [fazer mais de 24 horas seguidas de entregas]. Aí nem durmo. Tem uns que dormem na praça, mas prefiro ficar ligado”⁴²⁴

A procuradora chega até mesmo a afirmar, na ação, que a situação dos entregadores é extremamente similar ao cenário anterior à existência e consolidação das leis trabalhistas. Defende, ainda, que o pagamento por produtividade é irregular, além de não ser considerado uma atividade de risco, apesar de sê-lo⁴²⁵.

Apesar do exposto, a juíza Shirley Aparecida de Souza Lobo Escobar, da 37ª Vara do Trabalho de São Paulo, determinou ser improcedente a ação do MPT-SP, mantendo o status dos entregadores como “trabalhadores autônomos”. Para a juíza, os entregadores detêm

⁴²³ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DO SETOR DE BICICLETAS - ALIANÇA BIKE. **Pesquisa de perfil dos entregadores ciclistas de aplicativo**. São Paulo. 2019. Disponível em: http://aliancabike.org.br/wp-content/uploads/2020/04/relatorio_s2.pdf. Acesso em: 6 jun. 2020.

⁴²⁴ ALESSI, Gil. **Jornada maior que 24 horas e um salário menor que o mínimo, a vida dos ciclistas de aplicativo em SP**: estudo inédito traça o perfil dos entregadores e constata que a presença de menores de 18 anos é comum no ramo. Estudo inédito traça o perfil dos entregadores e constata que a presença de menores de 18 anos é comum no ramo. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/08/06/politica/1565115205_330204.html. Acesso em: 09 jun. 2020.

⁴²⁵ AYER, Flávia. **Para Ministério Público do Trabalho, rotina dos motoboys é de exploração**: tratados como autônomos, motociclistas têm jornada de até 14 horas por dia e recebem ordens, rebatem procuradores. Tratados como autônomos, motociclistas têm jornada de até 14 horas por dia e recebem ordens, rebatem procuradores. 2019. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2019/03/10/internas_economia,1036630/para-ministerio-publico-rotina-dos-motoboys-e-de-exploracao.shtml. Acesso em: 08 jun. 2020.

o meio de produção (o celular, por onde utilizam o aplicativo), além do meio de transporte que realizam a entrega:

“possuí-lo o afasta da figura do empregado que presta seus serviços utilizando-se dos meios de produção do empregador e o aproxima mais da figura de autônomo”⁴²⁶

O que se observa, entretanto, é que a juíza não parece entender a situação brasileira. Os entregadores não podem, na realidade, serem autônomos e escolherem seus horários de trabalho, ou até mesmo escolher se querem ou não trabalhar para o iFood. Com a recessão econômica e as altas taxas de desemprego, o que realmente ocorre é que precisam se sujeitar a qualquer emprego que os forneçam sua mínima subsistência, mesmo que isso implique a perda de seus direitos. É dever do direito, como ciência que regula a sociedade, e de seus operadores garantir que isso não ocorra.

Outras denúncias são frequentes no que tange o trabalho dos entregadores de aplicativo. A principal delas se dá por conta dos trabalhadores irregulares que atuam na atividade. Segundo o presidente do Sindicato dos Trabalhadores Motociclistas e Ciclistas de Minas Gerais (Sindmoto-MG), são milhares de pessoas trabalhando sem preparo, sem equipamentos. Existem, inclusive, denúncias de menores de idade que exercem a atividade⁴²⁷.

⁴²⁶ AYER, Flávia. **Para Ministério Público do Trabalho, rotina dos motoboys é de exploração**: tratados como autônomos, motociclistas têm jornada de até 14 horas por dia e recebem ordens, rebatem procuradores. Tratados como autônomos, motociclistas têm jornada de até 14 horas por dia e recebem ordens, rebatem procuradores. 2019. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2019/03/10/internas_economia,1036630/para-ministerio-publico-rotina-dos-motoboys-e-de-exploracao.shtml. Acesso em: 08 jun. 2020.

⁴²⁷ *Ibidem*.

Isso se dá, principalmente, por conta da falta de verificação e investigação de quem é a pessoa que se cadastra para trabalhar no “iFood para entregadores”. A Sindmoto-MG explica que os menores se utilizam de dados de parentes, que são maiores de idade. Ao conseguir a liberação, como não há uma fiscalização posterior, começam a trabalhar, geralmente utilizando bicicleta como meio de transporte.

Apesar de alguns motociclistas afirmarem ganhar mais⁴²⁸ com os aplicativos, a problemática é mais densa do que somente os valores arrecadados ao fim do mês. O iFood não assina a carteira de nenhum dos seus “colaboradores”. Como consequência se, por qualquer motivo, o entregador não trabalhar por um determinado período de tempo, não possui qualquer tipo de garantia ou seguro, mesmo aqueles assegurados em caso de acidente trabalhista. É o que expõe Victor Souza, em entrevista ao jornal Estado de Minas. Victor, que sofreu um acidente durante uma entrega e fraturou o osso de sua canela, ficando 15 dias sem trabalhar por conta do fato, afirma que:

“Estava correndo por causa do horário da entrega. O aplicativo ainda me descontou os R\$ 16,90 do açaí que não consegui entregar. Com dois filhos pra criar, não dá para parar [...] No começo é uma maravilha, agora a gente sofre com a concorrência”⁴²⁹

⁴²⁸ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DO SETOR DE BICICLETAS - ALIANÇA BIKE. **Pesquisa de perfil dos entregadores ciclistas de aplicativo**. São Paulo, 2019. Disponível em: http://aliancabike.org.br/wp-content/uploads/2020/04/relatorio_s2.pdf. Acesso em: 6 jun. 2020.

⁴²⁹ AYER, Flávia. **Para Ministério Público do Trabalho, rotina dos motoboys é de exploração**: tratados como autônomos, motociclistas têm jornada de até 14 horas por dia e recebem ordens, rebatem procuradores. Tratados como autônomos, motociclistas têm jornada de até 14 horas por dia e recebem ordens, rebatem procuradores. 2019. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2019/03/10/internas_economia,1036630/para-ministerio-publico-rotina-dos-motoboys-e-de-exploracao.shtml. Acesso em: 08 jun. 2020.

Em 2009, a Lei Federal nº 12.009⁴³⁰ regulamentou a atividade de motoboys e as regras para o motofrete no Brasil. Para exercer a profissão, segundo o Art. 2º da expressa lei, são exigências: ter completado 21 (vinte e um) anos; possuir habilitação, por pelo menos 2 (dois) anos, na categoria; ser aprovado em curso especializado, nos termos da regulamentação do Contran; estar vestido com colete de segurança dotado de dispositivos retrorrefletivos, nos termos da regulamentação do Contran.

O iFood, contudo, não tem como exigência no seu cadastro nada do previsto na Lei Federal. A Associação Aliança Bike afirma, inclusive, que mais de 50% dos entregadores tem entre 18 e 22 anos de idade⁴³¹, o que já revela que a exigência de mínimo de 21 anos não é cumprida. Muito pelo contrário, facilmente consegue-se fraudar o sistema, ocorrendo a liberação, inclusive, de menores de idade (incapazes) para exercer a função. Como o aplicativo exige, somente na hora do cadastro, que as fotos dos documentos sejam enviadas, o que ocorre é que os menores de idade utilizam os dados de parentes ou conhecidos, sendo liberados para exercer a atividade. Como a fiscalização é deficiente, tudo vai ficando por isso mesmo. Essa prática não só infringe a Lei Federal nº 6, como também o decreto federal 6.481/08, Art. 2º: “Fica proibido o trabalho do menor de dezoito anos nas atividades descritas na Lista TIP, salvo nas hipóteses previstas neste decreto”, em conformidade com o disposto pela Organização Internacional do Trabalho (OIT).

⁴³⁰ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112009.htm

⁴³¹ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DO SETOR DE BICICLETAS - ALIANÇA BIKE. **Pesquisa de perfil dos entregadores ciclistas de aplicativo**. São Paulo. 2019. Disponível em: http://aliancabike.org.br/wp-content/uploads/2020/04/relatorio_s2.pdf. Acesso em: 6 jun. 2020.

Apesar de jovens entre 16 e 17 anos poderem trabalhar como menor aprendiz, isso não pode ocorrer nas atividades classificadas como “Piores Formas de Trabalho Infantil”, previstas no Decreto supracitado. Dentre muita das atividades classificadas como tal, estão os “serviços externos, que impliquem em manuseio e porte de valores que coloquem em risco a sua segurança (Office-boys, mensageiros, contínuos)”. A falta de fiscalização por parte da empresa de não saber quem são verdadeiramente os seus entregadores é uma infração direta ao decreto federal e a acordos internacionais de trabalho.

A legislação considera ainda infração admitir o uso de moto para transporte remunerado de mercadorias que esteja fora das normas — que é exatamente o que os entregadores do aplicativo realizam —, além de destacar que o município e o estado também têm a competência de regulamentar a atividade.

A empresa, dessa maneira, não só não respeita os direitos trabalhistas, como também infringe a regulamentação da atividade, exercendo suas funções na irregularidade.

É preciso entender, ainda, o perfil desses entregadores — o que dá subsídio para afirmar as irregularidades da empresa em relação aos mesmos. A BBC News, veículo jornalístico brasileiro, em 2019, traçou o perfil desses trabalhadores⁴³². O que entende-se é que: a) a ampla maioria se cadastra nos aplicativos devido ao desemprego que; b) atinge mais de 30% dos jovens de 18 a 24 anos, incluindo aqueles com diploma Superior; c) muitos não possuem condições de ter motocicleta, recorrendo às bicicletas, o que precariza ainda mais o trabalho; d) passam cerca de 10h nas áreas mais ricas da cidade em que atuam, onde a demanda de serviço é maior se comparado com as

⁴³² MACHADO, Leandro. **Dormir na rua e pedalar 12 horas por dia: a rotina dos entregadores de aplicativos**. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-48304340>. Acesso em: 13 jun. 2020.

regiões periféricas, o que significa que; e) precisam pedalar até 60 km (ida e volta) para chegar, das regiões periféricas onde moram, nas regiões ricas; f) totalizando um total de, em média, 80 km pedalados por dia.

São, em conclusão, jovens que sofrem por conta da recessão econômica que o Brasil enfrenta, e precisam lidar com a precariedade do trabalho via aplicativos de delivery, onde não lhes são garantidos o mínimo de segurança e estabilidade. Ainda assim, ao final do mês, muito não conseguem formar um salário mínimo, ficando abaixo do valor necessário para suprir as suas famílias.

Fotografia 1



Fonte: Esquerda Diário⁴³³

Ainda segundo a BBC⁴³⁴, enfrentam condições de calamidade: dormem em ruas e praças, esperando os horários onde existe uma

⁴³³ Disponível em: < <http://www.esquerdadiario.com.br/Ter-direitos-trabalhistas-e-visao-romantizada-diz-Justica-sobre-entregador-do-iFood> >. Acesso em: 12 jun. 2020.

⁴³⁴ MACHADO, Leandro. **Dormir na rua e pedalar 12 horas por dia: a rotina dos entregadores de aplicativos.** 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-48304340>. Acesso em: 13 jun. 2020.

maior demanda de pedidos (horário de almoço e jantar). Outra questão que precisa ser ressaltada é o fato de, nos horários menos movimentados, receberem cerca de R\$ 1,50 por entrega, não importando quanto tenham de pedalar para realizá-la. O que há é uma superexploração da mão de obra dos entregadores, que recebem uma parcela ínfima por seu trabalho.

André dos Santos, de 30 anos, denuncia a exploração:

"Quem tem disposição realmente consegue ganhar dinheiro. Mas tudo o que acontece depende de você: se cair e se machucar, você está sozinho; se chover e não trabalhar, não ganha nada. Se morrer, ninguém vai pagar o seguro para sua família, ninguém vai ligar para sua mulher".⁴³⁵

Como exposto por André, em caso de acidentes, a plataforma não é responsabilizada pelos devidos encargos previdenciários ou trabalhistas, nem mesmo arcando com os eventuais reparos ao transporte utilizado pelo entregador, decorrente de acidentes ocorridos durante entregas. Isso acontece exatamente pelo fato de os entregadores serem enquadrados como “parceiros da empresa”, não reconhecendo o vínculo empregatício entre ambos. O Art. 2º da CLT afirma que “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”. Como, para a empresa, o que esses trabalhadores fazem é uma “prestação de serviço”, o iFood não lida com nenhum dos riscos da atividade econômica, se isentando de suas responsabilidades trabalhistas.

É preciso atentar ao fato de que, desde 2017, a CLT regula os teletrabalhos. No Art. 75-B, afirma-se que o teletrabalho é considerado a prestação de serviços preponderantemente fora das

⁴³⁵ Ibidem

dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo. Já no Art. 75-C, fica firmado que a prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado. A atividade prestada pelo entregadores não é expressa em nenhum contrato, uma vez que são meros “colaboradores”.

Ao não reconhecer o vínculo empregatício com os entregadores, o iFood não só os exploram, como utilizam das margens da lei para não cumprir com seus deveres empregatícios.

Outro fato que chama a atenção é a questão de que, para que o entregador possa trabalhar, tem que assumir os custos com meio de transporte e todos os equipamentos para realizar a atividade, como capacete, capa de chuva, combustível. Como muitos não possuem dinheiro o suficiente para comprar esses materiais, acabam trabalhando sem os equipamentos que iriam garantir a sua segurança.

Contudo, os gastos com os equipamentos de segurança não devem ser dos empregados. É, inclusive, obrigação do empregador não só fornecer os EPIs como fiscalizar o seu uso. É o Art. 166 da CLT que faz tal previsão: “A empresa é obrigada a fornecer aos empregados, gratuitamente, equipamento de proteção individual adequado ao risco e em perfeito estado de conservação e funcionamento, sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes e danos à saúde dos empregados”. Se os riscos de acidentes e danos à saúde são os pré-requisitos para que os EPIs sejam fornecidos, então a atividade de entregador do iFood os cumprem. A própria CLT também tem este entendimento. No seu Art. 193, §4º afirma que: “São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação

aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a: São também consideradas perigosas as atividades de trabalhador em motocicleta”.

Não o suficiente, o TST, na súmula nº 364, previu o pagamento relativo ao adicional de periculosidade ao empregado que é exposto permanentemente ou, até mesmo de forma intermitente, sujeito às condições de risco. Os entregadores se encaixam nos empregados expostos permanentemente às condições de risco.

Ter um meio de transporte é requisito para realizar o cadastro na plataforma, como visto no item anterior. A maioria das entregas são feitas por motocicleta ou bicicleta, sendo considerada a atividade, portanto, perigosa. É dever, dessa maneira, do iFood fornecer aos seus entregadores todo o equipamento necessário para sua segurança. Deve, também, pagar o adicional de periculosidade a estes. Enquadrar os entregadores como “parceiros” é uma tentativa clara de burlar as obrigações trabalhistas geradas do vínculo empregatício.

No dia de 6 de junho de 2020, já na pandemia do COVID-19, tópico que será abordado adiante, os entregadores de aplicativo se reuniram na avenida paulista, São Paulo, para protestar por seus direitos. Entre gritos de "Vem pra rua vem, o aplicativo não tá pagando bem"; "Queremos melhoria" e "Não tem entrega não, a nossa vida vale mais do que o patrão". Reivindicaram os contratos de trabalho, que são essenciais para gozarem de seus direitos trabalhistas, além de exporem o trabalho precário a que estão submetidos. Afirmam que as empresas os escravizam, além de sofrerem racismo no dia a dia: são proibidos de usar banheiro em diversos locais por serem

negros⁴³⁶. Os próprios entregadores já denunciam sua situação de opressão, que parece ser invisível para o direito — que não regula oficialmente os aplicativos — e seus agentes — que proferem decisões que só prejudicam os empregados.

Fotografia 2



Fonte Esquerda Diário⁴³⁷

Não obstante, a Organização Internacional do Trabalho⁴³⁸ entende que o trabalho decente está ligado a quatro pilares: a) respeito aos direitos fundamentais; b) salário-mínimo adequado; c) limitação da jornada de trabalho; e d) saúde e segurança no trabalho. Como

⁴³⁶ DIÁRIO, Esquerda. "**Não tem entrega não! A nossa vida vale mais que a do patrão**" gritam entregadores em ato em SP. 2020. Disponível em: <http://www.esquerdadiario.com.br/Nao-tem-entrega-nao-A-nossa-vida-vale-mais-que-a-do-patrao-gritam-entregadores-em-ato-em-SP>. Acesso em: 15 jun. 2020.

⁴³⁷ Ibidem.

⁴³⁸ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO OIT. *Declaración del centenario de la OIT para el futuro del trabajo*. In: CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 108., 2019, Ginebra. Declaración... Ginebra: OIT, 21 jun. 2019. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_711699.pdf. Acesso em: 10 jun. 2020

demonstrado, o salário mínimo não é assegurado aos entregadores, muitos nem chegando a totalizar esse ganho ao final do mês; não existe uma limitação da jornada de trabalho, não existindo, inclusive, pagamento de horas extras, muito menos os são oferecidos equipamentos de segurança — o que agravou-se ainda mais com a pandemia mundial de COVID-19, tópico a ser mais aprofundado adiante.

Dito isso, fica claro que não há o respeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores, muito menos a atividade pode ser considerada um trabalho decente. É preciso, portanto, ocorrer intervenções estatais, jurídicas e sociais de forma a tornar o trabalho dos entregadores de delivery o mais digno possível, com observância dos direitos trabalhistas.

3 O IMPACTO DO COVID-19 NA VIDA DOS ENTREGADORES

Antes de iniciar o tópico propriamente dito, ressalta-se que, por ser uma situação extremamente recente, não são muitos os estudos ou até mesmo matérias sobre a ligação da pandemia com os entregadores. Portanto, esta é uma análise limitada.

Em 2020, o mundo inteiro foi assolado pela pandemia do COVID-19⁴³⁹. No Brasil, não está sendo diferente. Obrigados a ficar em casa por tempo indeterminado para conter o contágio e tendo que se adaptar à nova realidade — desde usar máscaras para ir a rua, até ver cidades completamente fechadas. Sem poder realizar atividades sociais, como sair para jantar, e até limitações em relação a idas no

⁴³⁹ Para mais informações, acesse: <https://coronavirus.saude.gov.br/>

mercado, o uso dos aplicativos de delivery cresceu durante a pandemia⁴⁴⁰.

Nos dois primeiros meses de 2020, a demanda sul-americana como um todo, pelos serviços da startup, cresceu 30% em relação ao mesmo período de 2019⁴⁴¹. O destaque ficou para as entregas de farmácias, restaurantes e supermercados — que também começaram a ser possíveis a partir de atualizações mais recentes do aplicativo.

Com o aumento de demanda, aumentou também os períodos de trabalhos dos entregadores. O levantamento da Rede de Estudos e Monitoramento da Reforma Trabalhista (Remir Trabalho)⁴⁴², afirma que, durante a pandemia, 52% dos entrevistados trabalham todos os sete dias da semana, enquanto 25,4% deles trabalham seis dias. Afirmam ainda que esses dois períodos de trabalho — relatados por 77,4% — são considerados ininterruptos, o que, por si só, é uma quebra dos direitos trabalhistas previstos na CLT, já supracitados.

Como já dito, para que seja possível que os pedidos cheguem aos clientes, alguém precisa realizar a entrega. São eles que arriscam suas saúdes, todos os dias, nas ruas brasileiras. No caso específico brasileiro, até a presente data, são 923.189 casos confirmados de

⁴⁴⁰ BOND, Letycia. **Compras por aplicativos têm alta de 30% durante pandemia, diz pesquisa. 2020.** Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-04/compras-por-aplicativos-tem-alta-de-30-durante-pandemia-diz-pesquisa>. Acesso em: 11 jun. 2020.

⁴⁴¹ GATTIS, Nina. **Serviços de entrega são impulsionados pela pandemia do coronavírus. 2020.** Disponível em: <https://olhardigital.com.br/coronavirus/noticia/servicos-de-entrega-sao-impulsionados-pela-pandemia-do-coronavirus/98167>. Acesso em: 11 jun. 2020

⁴⁴² SOUZA, Felipe; MACHADO, Leandro. **Coronavírus: entregadores de aplicativo trabalham mais e ganham menos na pandemia, diz pesquisa. 2020.** Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52564246>. Acesso em: 10 jun. 2020.

coronavírus e 45.241 óbitos⁴⁴³, o que demonstra a gravidade da pandemia no território nacional. Tais dados também devem ser levados em consideração no que tange à segurança dos entregadores de aplicativo.

Segundo a Organização Mundial da Saúde⁴⁴⁴, alguns cuidados são necessários para conter e evitar o contágio do COVID-19. Dentre eles, recomenda-se o uso de máscaras, de forma que cubra a boca, o nariz e o queixo; utilização de álcool em gel e distanciamento social.

Durante a pandemia, o iFood lançou a possibilidade das entregas serem feitas sem contato físico entre o entregador e o consumidor, protegendo, desse modo, o último. Contudo, medidas também são necessárias para garantir a segurança dos entregadores, uma vez que esses têm contato direto com o produto a ser entregue, que pode estar ou não contaminado, bem como com diversos ambientes — o restaurante onde retira a entrega, o local onde deve ser deixado, mesmo sem contato direto com o consumidor.

A Norma Regulamentadora N° 6⁴⁴⁵ considera como Equipamento de Proteção Individual (EPI), todo dispositivo ou produto, de uso individual utilizado pelo trabalhador, destinado à proteção de riscos suscetíveis de ameaçar a segurança e a saúde no trabalho. A empresa, seja ela qual for, fica obrigada a fornecer aos empregados, gratuitamente, EPI adequado ao risco, em perfeito estado de conservação e funcionamento, nas seguintes circunstâncias: a)

⁴⁴³ Dados do dia 15 de junho de 2020. As atualizações estão disponíveis em: < <https://covid.saude.gov.br/> >

⁴⁴⁴ **OMS divulga novas orientações para uso e fabricação de máscaras de pano contra a Covid-19.** 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/06/05/oms-divulga-novas-orientacoes-para-uso-e-fabricacao-de-mascaras-de-pano-contra-a-covid-19.ghtml>. Acesso em: 10 jun. 2020.

⁴⁴⁵ Disponível em: < <http://www.guiatrabalhista.com.br/legislacao/nr/nr6.htm> >

Sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes do trabalho ou de doenças profissionais do trabalho; b) Enquanto as medidas de proteção coletiva estiverem sendo implantadas; e, c) Para atender a situações de emergência.

É exatamente na opção “c” que se encaixa a situação atual. Em meio ao delivery, os entregadores se arriscam e ficam sujeitos ao COVID-19, não tendo seus direitos respeitados. É responsabilidade do empregador, nesse caso o iFood, fornecer todo o material necessário para garantir a segurança de seus entregadores. Contudo, não é isso que vem sendo feito.

Apesar do iFood afirmar que está distribuindo máscaras e álcool em gel, em abril, entregadores protestaram na paulista, em São Paulo, contra a não disponibilização dos mesmos⁴⁴⁶.

Não obstante, apesar de ter registrado uma alta nas vendas durante a pandemia, o iFood anunciou um reajuste nas taxas de entrega, que são cobradas a depender da distância entre o restaurante e a casa do consumidor. A taxa de entrega no raio de dois quilômetros do restaurante subiu de R\$ 3,99 para R\$ 7,99, o dobro do preço, portanto. Para distâncias acima de 7 quilômetros, subiu de R\$ 11,99 para R\$ 13,99⁴⁴⁷.

Apesar do aumento das taxas de entrega, os entregadores não enxergam um aumento em suas rendas. Muito pelo contrário, 60,3%

⁴⁴⁶ SALMÃO, Karin. **iFood e Rappi: mais entregadores (e mais cobrança por apoio) na pandemia.** 2020. Disponível em: <https://exame.com/negocios/coronavirus-leva-mais-entregadores-e-gorjetas-aos-apps-de-delivery/>. Acesso em: 08 jun. 2020.

⁴⁴⁷ ARAÚJO, Carla; VARELLA, Claudia. **iFood chega a dobrar a taxa de entrega; restaurantes temem perder vendas.** Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/05/19/ifood-aumenta-taxa-de-entrega.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 12 jun. 2020.

deles relataram uma queda na remuneração, comparando com o momento anterior à pandemia⁴⁴⁸. Ou seja, o iFood não só aumentou as taxas de entrega como aumentou a exploração sob a força de trabalho dos entregadores, no meio de uma pandemia global.

Em março, quando o Brasil teve o primeiro caso de coronavírus confirmado, São Paulo registrou um aumento no número de motoboys mortos, quase o dobro de março de 2019⁴⁴⁹. Com a pandemia e o aumento dos pedidos, os motoboys se apertam nos trânsitos das cidades, correndo para entregar tudo aos consumidores. Em contrapartida, como já supracitado, não recebem nem mesmo seguro em caso de acidente. Em caso de morte, suas famílias também não são indenizadas. Enquanto quem pode fica em casa, quem não pode tenta sobreviver, da maneira que for possível — incluindo sendo explorado.

Como já visto no item anterior, o perfil dos entregadores são de jovens de zonas periféricas. No Brasil, devido a nossa herança escravocrata de mais de três séculos, são os negros que ocupam esses locais. É tanto que 71% dos entregadores se declaram negros⁴⁵⁰. São eles também que dependem da saúde pública para sobreviver à pandemia. A consequência direta do não reconhecimento do vínculo

⁴⁴⁸ SOUZA, Felipe; MACHADO, Leandro. Coronavírus: entregadores de aplicativo trabalham mais e ganham menos na pandemia, diz pesquisa. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52564246>. Acesso em: 10 jun. 2020.

⁴⁴⁹ DIÁRIO, Esquerda. **Ter direitos trabalhistas é "visão romantizada", diz Justiça sobre entregador do iFood. 2020.** Disponível em: <http://www.esquerdadiario.com.br/Ter-direitos-trabalhistas-e-visao-romantizada-diz-Justica-sobre-entregador-do-iFood>. Acesso em: 13 jun. 2020.

⁴⁵⁰ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DO SETOR DE BICICLETAS - ALIANÇA BIKE. **Pesquisa de perfil dos entregadores ciclistas de aplicativo. São Paulo. 2019.** Disponível em: http://aliancabike.org.br/wp-content/uploads/2020/04/relatorio_s2.pdf. Acesso em: 6 jun. 2020.

empregatício entre o iFood e os entregadores, no presente momento, é a ameaça à saúde deles. Dizer que eles estão nas ruas, como entregadores dos consumidores ricos brancos, é dizer que estão expostos a uma doença sem cura, e entender que estão à margem do sistema de saúde. É dever do empregador, o iFood, dar segurança, estabilidade e auxílio aos seus entregadores contaminados.

Na cidade de São Paulo, não por coincidência, negros tem 62% a mais de chance de morrer de COVID-19 que os brancos⁴⁵¹. Se eles precisam estar nas ruas durante a pandemia — não só porque necessitam do dinheiro, mas também porque o iFood precisa deles —, então também é preciso que o empregador lhes ofereçam todas as condições básicas para lá estarem.

Apesar da situação pandêmica e da ausência de direitos trabalhistas, a justiça brasileira permanece do lado do iFood. No dia 5 de abril de 2020, uma decisão liminar obrigava a empresa a pagar uma assistência financeira de pelo menos um salário mínimo (R\$ 1.045,00) aos entregadores que estivessem afastados por conta do COVID-19 ou por fazerem parte do grupo de risco. Em contrapartida, a desembargadora da Justiça do Trabalho, Dóris Torres Prina, concedeu um mandado de segurança suspendendo a liminar, suspendendo, inclusive, a imposição ao iFood de fornecer álcool 70%⁴⁵² (fundamental para conter o vírus) aos seus entregadores. O mandado vai na contramão de todos os direitos trabalhistas, favorecendo

⁴⁵¹ **“Só por causa da minha cor, não me deixam usar o banheiro”**: entregadores de aplicativo denunciam racismo. 2020. Disponível em: <http://www.esquerdadiario.com.br/So-por-causa-da-minha-cor-nao-me-deixam-usar-o-banheiro-entregadores-de-aplicativo-denunciam>. Acesso em: 12 jun. 2020.

⁴⁵² **A favor da iFood, justiça derruba liminar que a obriga pagar entregadores afastados por COVID-19**. 2020. Disponível em: <http://www.esquerdadiario.com.br/A-favor-da-iFood-justica-derruba-liminar-que-a-obriga-pagar-entregadores-afastados-por-COVID-19>. Acesso em: 10 jun. 2020.

claramente o lado do empregador, colocando, mais uma vez, em risco o elo mais fraco da relação.

4 A PERSPECTIVA DE OUTROS PAÍSES

Enquanto o Brasil insiste em favorecer o lado das empresas, mesmo claramente existindo uma clara disparidade entre as partes e a total falta de segurança jurídica dos empregados, outros países tomam decisões mais coerentes com os direitos trabalhistas.

No caso argentino, o Tribunal Nacional de Primeira Instância do Trabalho da cidade de Buenos Aires, condenou a plataforma “Rappi”⁴⁵³ — outro aplicativo de delivery que opera de forma parecida ao iFood — por conduta antissindical. Isso ocorreu porque três ciclo-entregadores foram bloqueados do aplicativo após promoverem a criação de um sindicato para a categoria.⁴⁵⁴ Uma vez sindicalizados, entende-se que existe um vínculo empregatício entre as partes, possibilitando o acesso da categoria aos direitos trabalhistas.

Já na Espanha, o Sindicato Unión General de Trabajadores (UGT) obteve êxito em processos judiciais, conseguindo o reconhecimento de vínculo empregatício entre os entregadores e a empresa “Glovo”, de aplicativo do mesmo nome⁴⁵⁵. A partir disso, os

⁴⁵³O presente trabalho não retrata essa plataforma devido a falta de dados sobre seu uso no Brasil.

⁴⁵⁴ CARLI, Frederico Rosenbaum. *Libertad sindical y plataformas digitales: sentencia del Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo n° 37 de la ciudad de Buenos Aires*. Disponível em <https://federicorosenbaum.blogspot.com/2019/03/libertad-sindical-y-plataformas.html?m=1>, acesso em “13/06/2020”.

⁴⁵⁵ SINDICATO UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES. **UGT consigue nuevas sentencias que reconocen la relación laboral de Glovo con sus repartidores**. Disponível em <http://www.fesmcutg.org/noticia/ugt-consigue->

entregadores puderam ser incluídos no Sistema de Seguridade Social do país, um avanço em conformidade com as leis trabalhistas⁴⁵⁶.

Na Bélgica, o sindicato Fair Transport Europe (FNV) informa que, em duas ações julgadas pela Corte de Amsterdã, foi reconhecida a existência de uma relação de emprego entre as partes, entregadores e aplicativos⁴⁵⁷. Isso porque, para a corte, existe um exercício de poder por parte das empresas sobre os entregadores.

CONCLUSÃO

Na realidade, os entregadores de aplicativos, mais precisamente do iFood, encontram-se em um limbo, não regulamentado pelo direito brasileiro, onde não sabem qual a sua real condição: empregados, autônomos ou parceiros? Enquanto isso não é decidido, a única parte afetada negativamente são os trabalhadores, que permanecem superexplorados, sem direitos trabalhistas e desamparados das normas de segurança do trabalho.

O cerne da questão é o reconhecimento do vínculo empregatício entre os entregadores e o iFood. É somente com o reconhecimento que os trabalhadores poderão cobrar os seus direitos. As plataformas não podem permanecer contratando entregadores sem

nuevas-sentencias-que-reconocen-la-relacion-laboral-de-glovo-con-sus-repartidores-id-13662.htm#.XKwqvPQuc0F.twitter , acesso em “13/06/2020”.

⁴⁵⁶ UBIETO, Gabriel. **Inspección de Trabajo dictamina en Barcelona que los ‘riders’ de Glovo son falsos autónomos.** Disponível em <https://www.elperiodico.com/es/economia/20190214/inspeccion-de-trabajo-dictamina-barcelona-repartidores-glovo-falsos-autonomos-7304113> , acesso em “13/06/2020”

⁴⁵⁷ FAIR TRANSPORTE EUROPE. **FNV wins two lawsuits against Deliveroo.** Disponível em <https://www.fairtransporteurope.eu/fnv-wins-two-lawsuits-against-deliveroo/> , acesso em “13/06/2020”.

lhe conceder amparo, políticas salariais, seguros e todas os outros direitos previstos na CLT.

Contudo, o que se observa é que, mesmo nos momentos de clara calamidade, como durante a pandemia do COVID-19, a justiça brasileira não apoia o lado do empregado. Muito pelo contrário, continua favorecendo as empresas, mais precisamente o iFood. Assim, vai na contramão das leis trabalhistas e do entendimento dos tribunais de outros países, como demonstrado.

Por fim, para que os entregadores tenham realmente seus direitos respeitados, o direito e seus operadores devem legislar o mais rápido possível sobre essa nova forma de trabalho, advinda do avanço do capitalismo técnico-científico-informacional.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Gil. **Jornada maior que 24 horas e um salário menor que o mínimo, a vida dos ciclistas de aplicativo em SP: estudo inédito traça o perfil dos entregadores e constata que a presença de menores de 18 anos é comum no ramo.** Estudo inédito traça o perfil dos entregadores e constata que a presença de menores de 18 anos é comum no ramo. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/08/06/politica/1565115205_330204.html. Acesso em: 09 jun. 2020.

ARAÚJO, Carla; VARELLA, Cláudia. **iFood chega a dobrar a taxa de entrega; restaurantes temem perder vendas.** Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/05/19/ifood-aumenta-taxa-de-entrega.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 12 jun. 2020.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DO SETOR DE BICICLETAS - ALIANÇA BIKE. Pesquisa de perfil dos entregadores ciclistas de aplicativo. São Paulo. 2019. Disponível em:

http://aliancabike.org.br/wp-content/uploads/2020/04/relatorio_s2.pdf. Acesso em: 6 jun. 2020.

AYER, Flávia. **Para Ministério Público do Trabalho, rotina dos motoboys é de exploração:** tratados como autônomos, motociclistas têm jornada de até 14 horas por dia e recebem ordens, rebatem procuradores. Tratados como autônomos, motociclistas têm jornada de até 14 horas por dia e recebem ordens, rebatem procuradores. 2019. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2019/03/10/internas_economia,1036630/para-ministerio-publico-rotina-dos-motoboys-e-de-exploracao.shtml. Acesso em: 08 jun. 2020.

BELTRÃO, Marcella da Cunha. **AS NOVAS FORMAS TELEMÁTICAS E CIBERNÉTICAS DE TRABALHO SOB DEMANDA:** uma análise acerca da intermediação das plataformas digitais nas relações laborais nos serviços de delivery à luz da consolidação das leis trabalhistas. 2019. 53 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/37190/1/Monografia-%20Marcella%20Beltr%c3%a3o%20-%20Modelo%20Final.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2020.

BOND, Letycia. **Compras por aplicativos têm alta de 30% durante pandemia, diz pesquisa.** 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-04/compras-por-aplicativos-tem-alta-de-30-durante-pandemia-diz-pesquisa>. Acesso em: 11 jun. 2020.

DIÁRIO, Esquerda. **A favor da iFood, justiça derruba liminar que a obriga pagar entregadores afastados por COVID-19.** 2020. Disponível em: <http://www.esquerdadiario.com.br/A-favor-da-iFood->

justica-derruba-limiar-que-a-obriga-pagar-entregadores-afastados-por-COVID-19. Acesso em: 10 jun. 2020.

DIÁRIO, Esquerda. **"Não tem entrega não! A nossa vida vale mais que a do patrão" gritam entregadores em ato em SP.** 2020. Disponível em: <http://www.esquerdadiario.com.br/Nao-tem-entrega-nao-A-nossa-vida-vale-mais-que-a-do-patrao-gritam-entregadores-em-ato-em-SP>. Acesso em: 15 jun. 2020.

DIÁRIO, Esquerda. **"Só por causa da minha cor, não me deixam usar o banheiro": entregadores de aplicativo denunciam racismo.** 2020. Disponível em: <http://www.esquerdadiario.com.br/So-por-causa-da-minha-cor-nao-me-deixam-usar-o-banheiro-entregadores-de-aplicativo-denunciam>. Acesso em: 12 jun. 2020.

DIÁRIO, Esquerda. **Ter direitos trabalhistas é "visão romantizada", diz Justiça sobre entregador do iFood.** 2020. Disponível em: <http://www.esquerdadiario.com.br/Ter-direitos-trabalhistas-e-visao-romantizada-diz-Justica-sobre-entregador-do-iFood>. Acesso em: 13 jun. 2020.

DIAS, Maria. **Como o iFood funciona para o entregador? Veja perguntas e respostas.** 2019. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2019/02/como-o-ifood-funciona-para-o-entregador-veja-perguntas-e-respostas.ghtml>. Acesso em: 10 jun. 2020.

DONGEL, Luis. **OIT alerta para precarização do emprego em nível mundial.** 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/02/13/economia/1550088419_496910.html. Acesso em: 12 jun. 2020.

FONSECA, Fernanda Cristina de Moraes; RODRIGUES, Laura Bittencourt Ferreira; MAEDA, Patrícia (org.). **100 ANOS DA OIT:**

pensando o futuro do Direito do Trabalho. Campinas: Seção de Pesquisa e Publicações Jurídicas, 2019. Disponível em: https://trt15.jus.br/sites/porta1/files/fields/colecoesdotribunal_v/estudos-juridicos-e-livros/2019/100-anos-da-oit.pdf#page=25. Acesso em: 04 jun. 2020.

GATTIS, Nina. **Serviços de entrega são impulsionados pela pandemia do coronavírus.** 2020. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/coronavirus/noticia/servicos-de-entrega-sao-impulsionados-pela-pandemia-do-coronavirus/98167>. Acesso em: 11 jun. 2020.

MACHADO, Leandro. **Dormir na rua e pedalar 12 horas por dia: a rotina dos entregadores de aplicativos.** 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-48304340>. Acesso em: 13 jun. 2020.

MELLO, Gabriela. **Candidatos a entregador do iFood mais que dobram após coronavírus.** 2020. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/reuters/2020/04/01/candidatos-a-entregador-do-ifood-mais-que-dobram-apos-coronavirus.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 09 jun. 2020.

OMS divulga novas orientações para uso e fabricação de máscaras de pano contra a Covid-19. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/06/05/oms-divulga-novas-orientacoes-para-uso-e-fabricacao-de-mascaras-de-pano-contr-a-covid-19.ghtml>. Acesso em: 10 jun. 2020.

RODRIGUES, Douglas. **Número de restaurantes que aderiram ao iFood salta 12,7% em meio à pandemia.** 2020. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/economia/numero-de-restaurantes-que-aderiram-ao-ifood-salta-127-em-meio-a-pandemia/#:~:text=O%20iFood%20foi%20fundado%20em,milh%C>

3%B5es%20de%20pedidos%20pela%20plataforma.. Acesso em: 08 jun. 2020.

SALMÃO, Karin. **IFood e Rappi: mais entregadores (e mais cobrança por apoio) na pandemia.** 2020. Disponível em: <https://exame.com/negocios/coronavirus-leva-mais-entregadores-e-gorjetas-aos-apps-de-delivery/>. Acesso em: 08 jun. 2020.

SILVA, Rafael Rodrigues da. **Estudo mostra que iFood é o aplicativo de entregas mais usado do Brasil.** 2019. Disponível em: <https://canaltech.com.br/apps/estudo-mostra-que-ifood-e-o-aplicativo-de-entregas-mais-usado-do-brasil-142481/#:~:text=Estudo%20mostra%20que%20iFood%20%C3%A9%20o%20aplicativo%20de%20entregas%20mais%20usado%20do%20Brasil,-Por%20Rafael%20Rodrigues&text=Uma%20das%20principais%20melhorias%20provocadas,sem%20precisar%20levantar%20do%20s of%C3%A1..> Acesso em: 08 jun. 2020.

SOUZA, Felipe; MACHADO, Leandro. **Coronavírus: entregadores de aplicativo trabalham mais e ganham menos na pandemia, diz pesquisa.** 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52564246>. Acesso em: 10 jun. 2020.

O TELETRABALHO NA CONTEMPORANEIDADE: REFLEXÕES ANALÍTICAS

TELEWORK IN CONTEMPORANEITY: ANALYTICAL REFLECTIONS

*João Victor Loss de Souza*⁴⁵⁸

*Julia De Carli Baiôcco*⁴⁵⁹

*Cláudio Jannotti da Rocha*⁴⁶⁰

RESUMO

A sociedade contemporânea insere-se em um cenário crescente de modernização, informatização e digitalização, impactado diretamente pela Quarta Revolução Industrial (“Indústria 4.0”). Diante desse contexto, nota-se uma enorme mudança nas formas de trabalho e nas relações dele decorrentes, sobretudo no que se refere ao Teletrabalho, incluído recentemente na legislação trabalhista pela Lei nº 13.467/2017. Portanto, ao longo desta pesquisa, buscou-se analisar se

⁴⁵⁸ Graduando em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). E-mail: jv.loss@hotmail.com.

⁴⁵⁹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). E-mail: judecarlib@hotmail.com. Pesquisadora do Programa Institucional de Iniciação Científica (UFES/PIIC/CNPq).

⁴⁶⁰ Professor Adjunto da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pós-Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS). Coordenador e Pesquisador do Grupo de Pesquisa Trabalho, Segurança Social e Processo: diálogos e críticas (UFES-CNPq). Pesquisador do Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania (UnB-CNPq). Membro da Rede de Grupo de Pesquisas em Direito e Processo do Trabalho (RETRABALHO). Membro do Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais, ICJS, de Belo Horizonte/MG. Pesquisador. Autor de livros e artigos publicados no Brasil e no exterior. Palestrante. Advogado. E-mail: claudiojannotti@hotmail.com.

o ordenamento jurídico pátrio está sendo capaz de acompanhar a rápida evolução no mundo do trabalho e assegurar os direitos constitucionais à saúde, à segurança e ao meio ambiente equilibrado ao trabalhador que executa suas atividades em regime remoto. Para alcançar esses objetivos, a pesquisa procedeu a uma revisão bibliográfica, legal e jurisprudencial qualitativa para, dedutivamente, confirmar a hipótese apresentada.

Palavras-chave: Teletrabalho. Sociedade Contemporânea. Revolução Tecnológica. Lei nº 13.467/2017.

ABSTRACT

The contemporary society inserts itself in a growing scenario of modernization, computerization and digitalization, directly impacted by the Fourth Industrial Revolution (“Industry 4.0”). In this context, there is a huge change in the ways of working and in the resulting relations, mainly with regard to the Telework, recently included in labor legislation by Law n. 13.467/2017. Therefore, throughout this research, was analyzed if the national legal system is being able to follow the rapid evolution of the world of work and ensure the constitutional rights to health, security and a balanced environment for workers who performs their activities remotely. In order to achieve these objectives, the research carried out a qualitative bibliographic review to deductively confirm the hypothesis presented.

Keywords: Telework. Contemporary Society. Technological Revolution. Law 13.647/2017.

INTRODUÇÃO

Diante do cenário da pandemia de COVID-19, justificado por um estado de calamidade pública, notou-se uma transmutação do teletrabalho, que deixou de ser exceção e passou a se configurar como regra no mundo laboral, servindo inclusive como um sustentáculo

para que o mundo continuasse funcionando. Metaforicamente, o teletrabalho foi respirador para que o sistema planetário continuasse vivo.

Tendo em vista a crescente utilização dessa modalidade de trabalho nos cenários nacional e internacional, bem como sua importância na realidade contemporânea, surge uma preocupação ainda maior com os trabalhadores que executam suas atividades em regime remoto.

O presente estudo advém do Programa Institucional de Iniciação Científica (PIIC) da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) e integra a pesquisa “Constituição, Trabalho e Processo: a dignidade da pessoa humana como matriz epicentral do Estado Democrático de Direito (UFES)”, inserida nas temáticas do Grupo de Pesquisa “Trabalho, Seguridade Social e Processo: diálogos e críticas (UFES-CNPq)”.

Partindo da noção da importância de meio ambiente laboral equilibrado, que assegure ao empregado saúde (física e mental) e segurança, este ensaio tem por objetivo apresentar uma análise crítica do teletrabalho na contemporaneidade, buscando concluir se a regulamentação atual do teletrabalho pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) consegue ofertar uma tutela jurídica adequada e justa ao trabalhador.

Para isso, utiliza-se uma abordagem dedutiva, com base na metodologia qualitativa, associando pesquisas no campo doutrinário, jurisprudencial e legal, referentes tanto ao ordenamento jurídico brasileiro como ao estrangeiro, tendo como referencial teórico análises sobre o teletrabalho no âmbito nacional e internacional (ROCHA; MELO; PORTO, 2019).

1 DO TELETRABALHO

O surgimento do teletrabalho ocorreu em 1970, como possível resposta à crise do petróleo e ao aumento dos problemas do trânsito nas grandes metrópoles, tendo ganhado maior relevância a partir da década de 1990 (COSTA, 2007). Todavia, passou por inúmeras mudanças até atingir o estágio que conhecemos atualmente.

Em que pese o teletrabalho ser assunto recente nas relações empregatícias e até mesmo nos tribunais pátrios, sua normatização foi bastante célere. A Lei nº 12.551/2011 alterou a redação do art. 6º da CLT, inserindo – mesmo que indiretamente – essa modalidade de trabalho no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, a mudança mais significativa referente a esse instituto ocorreu com o advento da Lei nº 13.467/2017, a partir da inclusão dos artigos 75-A a 75-E na CLT.

Ocorre que, por uma simples leitura do texto legal, é possível concluir pela superficialidade na regulamentação do tema, tendo o legislador se preocupado, basicamente, em conceituar o teletrabalho e estabelecer poucas formalidades para sua instituição (ROCHA; STEFANELLI; MANSUR, 2020).

Sob a ótica do art. 75-B da CLT, o teletrabalho se caracteriza pela prestação do serviço preponderantemente fora das dependências do empregador, com mudanças na organização e na realização do trabalho, adaptando-se ao uso das novas tecnologias de informação e de comunicação.

Quanto à responsabilidade pelos custos com equipamentos tecnológicos e infraestrutura necessária para a prestação do trabalho remoto, a legislação prescreve apenas que “serão previstas em contrato escrito” (art. 75-D, CLT), bem como que o empregador

deverá instruir os empregados “quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho” (art. 75-E , CLT).

Não fica claro, então, se o empregador é encarregado de todos os custos da produção ou em quais hipóteses o empregado será responsável pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos de trabalho (FILHO; PEREIRA, 2020).

Deve-se ter em mente que, nos termos do art. 2º da CLT, o empregador é quem assume os riscos de sua atividade, não podendo se esquivar dos ônus inerentes ao seu empreendimento e repassar essa obrigação ao empregado (CONCEIÇÃO; ROSENAL; FRANCO, 2018, p. 1089).

No entanto, diante das diversas lacunas presentes na lei trabalhista, o que se observa na prática é justamente a afronta ao princípio da alteridade, principalmente se observado o contexto da pandemia de COVID-19: empregados que, sem nenhuma ajuda da empresa, precisam comprar computadores, contratar pacotes de internet e adequarem suas residências para continuar exercendo sua atividade laboral.

Durante a pandemia, ainda, houve total inobservância ao art. 75-C da CLT, vez que pouquíssimas empresas formalizaram em contrato individual a mudança do regime presencial para o trabalho remoto.

Sob esta ótica, nota-se que a história se repete ao longo dos anos, porém com outra roupagem. O avanço das tecnologias foi e ainda é crucial para o aumento da exploração do patrão sobre o empregado, hipótese intitulada de maquinismo. Fato é que a relação do homem com a máquina alterou diametralmente o mundo do trabalho e o destino da humanidade.

No passado, se por um lado a invenção da energia elétrica trouxe mais segurança aos trabalhadores, que puderam enxergar o que

estavam fazendo em ambientes pouco iluminados, por outro permitiu o exercício de jornadas mais longas, com a criação de turnos ininterruptos e escalas de revezamento (FINCATO; PIANTÁ, 2017).

Do mesmo modo, a nova revolução tecnológica e a facilidade na utilização das ferramentas digitais, ao passo que possibilitam ao trabalhador uma maior agilidade nos serviços e a conexão com novas oportunidades de emprego, bem como a redução dos custos e do tempo de locomoção, acabam, muitas vezes, resultando na perda de importantes direitos trabalhistas conquistados ao longo dos anos.

A título de exemplo, o teletrabalho foi expressamente excluído do capítulo da CLT que prevê normas de duração do trabalho. Dessa forma, pela redação do art. 62, III da CLT, não se aplicam aos empregados em regime de teletrabalho garantias constitucionais como a limitação à jornada diária, os períodos de descanso remunerado e o adicional por trabalho noturno.

Diante disso, como destacam José Sarto Filho e Eddla Pereira (2020), a Lei nº 13.467/2017 representou para o teletrabalho a concretização de uma série de características presentes nas relações laborais contemporâneas, confirmando não só uma tendência de elevada exploração das condições de trabalho no Brasil, como também a flexibilização da legislação trabalhista, que serve cada vez mais como um instrumento para atender aos interesses da produção capitalista.

No âmbito do Direito do Trabalho constitucionalizado e diante de um contexto em que a precarização do trabalho passa a ser regra, surge a necessidade de tutelar a saúde e a segurança do trabalhador, bem como o meio ambiente em que ele está inserido, em nome do superprincípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos trabalhistas assegurados pela Carta Maior.

2 MEIO AMBIENTE DO TRABALHO: PROTEÇÃO À SAÚDE E À SEGURANÇA DO TRABALHADOR

O Texto Constitucional de 1988 estampou a preocupação do constitucionalismo contemporâneo com o bem estar do seu povo e a garantia de um mínimo de proteção aos trabalhadores, materializando um verdadeiro Estado Social Democrático de Direito.

Sob uma perspectiva humanista, progressista e civilizatória de proteção integral ao ser humano trabalhador, elevou a dignidade humana a princípio fundamental, bem como promoveu o trabalho ao patamar de valor fundamental da República Federativa do Brasil (DELGADO; DIAS, 2020).

Todavia, nota-se que o Brasil, influenciado pela 4ª Revolução Industrial (“Indústria 4.0”), passa por um processo de flexibilização dos direitos trabalhistas, muitas vezes legitimado pelas próprias leis, o que representa, na prática, uma mitigação da proteção pretendida pelo Constitucionalismo Trabalhista e pelos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Neste cenário, a 107ª Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra no ano de 2018, destacou que as novas tecnologias de informação e comunicação de fato revolucionaram o trabalho e a vida pessoal, proporcionando mais proximidade com familiares e amigos mesmo à distância. Todavia, também estenderam a conexão dos trabalhadores com seu local de trabalho (INTERNATIONAL LABOUR CONFERENCE, 2018, p. 267).

Sendo assim, a facilidade dos meios digitais fazem com que o obreiro esteja sempre conectado à atividade que desempenha, sendo difícil – para não dizer impossível – se desligar inteiramente. Isso se torna ainda mais evidente quando estamos diante do teletrabalho, em que não se delimita uma carga horária para o labor.

Contudo, limitar a duração do trabalho e dar ao trabalhador condições efetivas de descanso e lazer, além de constituir proteção indispensável à sua higidez física e mental (ALMEIDA; SEVERO, 2014, p. 19-20), trata-se de um direito assegurado pela Constituição Federal, pelas normas de Tratados e Convenções Internacionais e pela própria legislação infraconstitucional.

Como destacam Gabriela Delgado e Valéria Dias (2020), “existem ao menos 22 Convenções da OIT que tratam direta ou indiretamente da proteção jurídica à saúde no trabalho”. Inclusive, nota-se a relevância da regulamentação da jornada de labor quando se observa que a primeira Convenção do órgão internacional foi justamente relativa à duração do trabalho.

Atenta à necessidade de proteção ao trabalho digno e ao meio ambiente sadio de labor, a jurisprudência vem se alinhando no sentido de reconhecer a indenização por dano existencial. Este dano pode ser configurado quando há submissão do empregado à jornada extenuante que o subtraia o direito de usufruir de seus períodos de descanso, de lazer, bem como das oportunidades destinadas ao relacionamento familiar (TST, 2017, on-line).

Com este entendimento, a 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento do Recurso de Revista nº 1625-41.2012.5.04.0801 (TST, 2017, on-line), concluiu que:

O excesso de jornada extraordinária, para muito além das duas horas previstas na Constituição e na CLT, cumprido de forma habitual e por longo período, tipifica, em tese, o dano existencial, por configurar manifesto comprometimento do tempo útil de disponibilidade que todo indivíduo livre, inclusive o empregado, ostenta para usufruir de suas atividades pessoais, familiares e sociais.

Neste diapasão, a indenização por dano existencial, segundo Vanessa Rocha Ferreira, Cláudio Jannotti da Rocha e Versalhes Ferreira (2020), se revela como um mecanismo de inibição da prática ilícita de impor uma jornada excessiva que viola não apenas a saúde do trabalhador, como também a sua dignidade. Dessa forma, é essencial que a legislação trabalhista se adeque ao uso das novas tecnologias, a fim de evitar os graves efeitos decorrentes da mitigação a direitos fundamentais dos trabalhadores.

A propósito, o art. 7º, XXIII da Lei Maior revela o direito fundamental à contínua redução dos riscos inerentes ao trabalho, prezando por um meio ambiente laboral que acomoda condições de trabalho, organizações de trabalho e relações interpessoais seguras, saudáveis e respeitadas (MARANHÃO, 2020).

Devem ser observadas, primordialmente, as garantias constitucionais de saúde – física e mental – e segurança previstas nos artigos 5º, *caput* e 6º da Carta de 1988, e os direitos dos trabalhadores elencados no art. 7º do mesmo diploma, bem como a proteção ao meio ambiente estampados nos artigos 200, VIII, e 225, *caput* do Texto Constitucional.

Assim, busca-se promover um meio ambiente de trabalho que priorize a saúde e a segurança do trabalhador, nos moldes propostos pelos regramentos nacionais e internacionais, diante dos desafios causados pela implementação do regime de teletrabalho.

3 DO TELETRABALHO NA CONTEMPORANEIDADE

Como apurado nos itens anteriores, a revolução tecnológica tem alterado significativamente as relações laborais, que passaram a ser marcadas pela convergência de tecnologias digitais, físicas e biológicas (PERASSO, 2016).

Neste sentido, a modalidade de trabalho remoto, que foi inicialmente pensada para servir como uma alternativa ao trabalho presencial, tornou-se a solução para os problemas de distanciamento social decorrentes da pandemia do novo Coronavírus, o que deixou escancarada a superficialidade com que o tema foi tratado na Lei nº 13.467/2017.

As poucas disposições legais sobre o tema não se mostram suficientes, por exemplo, para garantir uma jornada de trabalho digna e a privacidade do empregado em seu local de moradia, pontos cruciais relativos à saúde do trabalhador, suprimidos ante a precariedade da regulamentação do teletrabalho no Brasil (ROCHA; MELO; PORTO, 2019).

Como exemplo, a nova regra legal, prevista no artigo 62, III, da CLT, fixa a presunção jurídica de que, “em se tratando de empregado que se encontra em efetivo regime de teletrabalho, ele não se acha em situação compatível com o controle de horários” (DELGADO; DELGADO, 2017). Tal situação gera enorme insegurança para os trabalhadores, que são submetidos a jornadas extenuantes e têm sua liberdade física e mental completamente afetadas, mesmo à distância.

As novas tecnologias possibilitam uma nova forma de subordinação do empregado, até mais intensa do que antes (ROCHA; MELO; PORTO, 2019). Diversos empregadores têm utilizado o vasto aparato tecnológico disponível para intensificar o controle e a exploração sobre o obreiro, sobretudo no regime de teletrabalho, fazendo o controle da produção por meio do tempo entre a designação do trabalho e a entrega do resultado pretendido (SILVA, 2017).

Já se observou, inclusive, a implantação de chips nos computadores para controle de digitação no teclado do empregado e até mesmo o desenvolvimento de sistemas visando o controle

emocional dos trabalhadores, no intuito de otimizar a produção e redesenhar os fluxos de trabalho. Nesse sentido, Maranhão, Benevides e Almeida (2019) destacam que:

Nas linhas de produção da empresa chinesa “Hangzhou Zhongheng Electric”, trabalhadores são equipados com uniformes em que usam um quepe (uma espécie de boina militar) com sensores leves e sem fio que monitoram constantemente as ondas cerebrais do usuário e transmitem esses dados para computadores da empresa que usam algoritmos de inteligência artificial para detectar picos emocionais, como depressão, ansiedade ou raiva.

A realização de tarefas à distância também não confere qualquer privacidade e garantia de saúde mental ao trabalhador. A rígida vigilância exercida pelos empregadores, juntamente com a competitividade e a não estabilidade no emprego geradas pelo atual momento, criam no empregado um estado de constante alerta e tensão.

Neste contexto, a incansável busca por desempenho e as constantes ameaças de desemprego aceleram o aparecimento de problemas como ansiedade, depressão, transtorno de déficit de atenção e síndrome de *burnout*, além de criarem o que se conhece por “sociedade do cansaço”, na qual o trabalhador está sempre esgotado devido às ostensivas exigências do seu emprego (MARANHÃO; BENEVIDES; ALMEIDA, 2019).

Tais fatores corroboram com o entendimento de que o teletrabalho necessita de uma melhor regulamentação no Brasil, sobretudo no que diz respeito à saúde e aos direitos do trabalhador, não podendo legitimar retrocessos sociais, que conduzem o mundo do trabalho para uma verdadeira estratificação laboral.

Essa situação ganha ainda mais relevância quando se compara o trabalho remoto no Brasil com o de outros países, principalmente da União Europeia.

Em Portugal, *v.g.*, o Código do Trabalho de 2009, diferentemente da CLT, assegura o direito à privacidade e ao período de trabalho fixado, além de normatizar a participação e a representação coletiva ao teletrabalhador.

Na Itália, adota-se a transparência como forma de otimizar a relação entre empregador e empregado, com o primeiro garantindo a segurança e a saúde de seu subordinado, além de sempre apresentar um informativo, ao menos anualmente, destacando os riscos gerais associados à execução específica da relação de trabalho ao qual estão submetidos (ESTEVEZ; FILHO, 2019).

Já na Suíça, os empregadores são obrigados a contribuir, em alguns casos, com o pagamento do aluguel do trabalhador, uma vez que a legislação do país é expressa ao prescrever a obrigação do patrão de arcar com as despesas relacionadas ao trabalho de seus empregados. Dessa forma, as responsabilidades do empregador também se aplicam ao trabalho remoto, não sendo o *home office* um meio para a economia de gastos da empresa (SOGUEL-DIT-PICARD, 2020).

Por sua vez, na França, as medidas adotadas em prol da dignidade do obreiro vão além. O legislador francês previu o direito à desconexão do trabalhador remoto, no intuito de proporcionar descanso e qualidade de vida ao empregado, eximindo-o da responsabilidade de responder mensagens e e-mails fora do horário de trabalho pré-estabelecido (ROCHA; MELO; PORTO, 2019).

Destaca-se, ainda, que a precarização das leis que regulamentam o teletrabalho no Brasil não se dá apenas em comparação com o território europeu. Apesar de ser um dos únicos

países da América do Sul que prevê o trabalho remoto em suas normas legais, a legislação pátria se encontra muito defasada quando comparada, por exemplo, a de países como a Colômbia e o Chile, onde as leis relativas ao teletrabalho asseguram os mesmos direitos dos trabalhadores presenciais, com as garantias salariais e o direito ao lazer resguardado (ROCHA; MELO; PORTO, 2019).

Percebe-se, portanto, que apesar de a legislação brasileira prever expressamente uma regulamentação – mesmo que mínima – para o teletrabalho, o horizonte para o aprimoramento desta prática no Brasil ainda é vasto, principalmente no que tange às garantias e aos direitos básicos dos empregados, que são constantemente violados por meio das avançadas possibilidades de controle comportamental, amplamente difundidas e utilizadas pelos empregadores.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa, sem qualquer pretensão de esgotar o tema em debate ou abordar todos os pontos relativos à matéria, se desenvolveu investigando o crescimento do teletrabalho na sociedade contemporânea e seus reflexos nas relações empregatícias dele decorrentes.

Nesse cenário, a pandemia de COVID-19 – responsável por acelerar ainda mais o processo de digitalização do trabalho – escancarou a crise de feições sanitária, social e trabalhista que já atingiu a humanidade e o Brasil (DELGADO, 2020).

Entre os pontos examinados no presente estudo, destaca-se a superficialidade com que o trabalho remoto é tratado pela legislação pátria.

Assim, a partir das premissas construídas por meio da análise do teletrabalho e do meio ambiente laboral na contemporaneidade, foi

possível confirmar a hipótese de que, apesar de estar expressamente prevista no ordenamento jurídico brasileiro, a regulamentação atual dessa modalidade de labor se mostra ineficiente no sentido de ofertar uma tutela jurídica adequada e justa ao trabalhador, que assegure os direitos previstos no Texto Constitucional e nas Convenções e Tratados Internacionais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 8 jul. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 9 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 8 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão de decisão que não conheceu o Recurso de Revista, mantendo o acórdão recorrido. Recurso de Revista nº 1625-41.2012.5.04.0801. Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado. 11 de abril de 2017. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1625&digitoTst=41&anoTst=2012&orgaoTst=5&tribunalTst=04&varaTst=0801&submit=Consultar>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

CONCEIÇÃO, Mauro Lucas Barreto da; ROSENTAL, Viviane Aparecida; FRANCO, Ângela Barbosa. O Teletrabalho à luz do princípio da primazia da realidade sobre a forma. **Anais SIMPAC**, v. 10, n.1, Viçosa, 2018.

COSTA, Isabel de Sá Affonso da. Teletrabalho: subjugação e construção de subjetividades. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro, v. 41, n. 1, 2007.

DELGADO, Gabriela Neves. **Apresentação Revista LTr**. Ano 84, n. 5, 2020, p. 517-520.

DELGADO, Gabriela Neves; DIAS, Valéria de Oliveira. Direito fundamental ao trabalho digno e meio ambiente de trabalho saudável: uma análise sob a perspectiva do assédio organizacional. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães *et al.* (Coords). **Direito Ambiental do trabalho**: apontamentos para uma teoria geral. São Paulo: LTr, 2020, p. 143-158.

DELGADO. Maurício Godinho; DELGADO. Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017, p. 133.

ESTEVES, Juliana Teixeira; FILHO, Carlo Cosentino. O teletrabalho na lei 13.467/17 (reforma trabalhista): uma regulamentação em desacordo com as evidências empíricas. **Teletrabalho e a Reforma Trabalhista**, v. 8, n. 75, fev. 2019, p. 28-57.

FERREIRA, Vanessa Rocha; ROCHA, Cláudio Jannotti da; FERREIRA, Versalhes Enos Nunes. O Direito à desconexão e o dano existencial: a importância da sustentabilidade emocional do ser humano. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, vol. 8, n. 2, 2020, p. 439-471.

FILHO, José Sarto Fulgêncio de Lima; PEREIRA, Eddla Karina Gomes. Precarização das relações laborais: análise crítica sobre as disposições do teletrabalho na Lei 13.467/2017. **Revista de Direito**, vol. 12, n. 01, maio 2020, p. 01-19.

FINCATO, Denise Pires; PIANTÁ, Eduardo Coletto. Direito ao teletrabalho: reflexões sobre a imposição do teletrabalho ao empregador sob o prisma dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 3, set./dez. 2017, p. 198-219.

INTERNATIONAL LABOUR CONFERENCE. **Ensuring Decent Working Time for the Future**: report iii, part b. Geneva: International Labour Office, 2018. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_618485.pdf>.

MARANHÃO, Ney. Direito fundamental ao equilíbrio do meio ambiente do trabalho. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães *et al.* (Coords). **Direito Ambiental do trabalho**: apontamentos para uma teoria geral. São Paulo: LTr, 2020, p. 119-126.

MARANHÃO, Ney; BENEVIDES, Davi Barros; ALMEIDA, Marina Nogueira de. Empresa panóptica: poder diretivo do empregador e direitos fundamentais à privacidade e intimidade do empregado diante das novas formas de tecnologia. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 21, n. 34, jan/jun. 2017, p. 167-190.

PERASSO, Valeria. **O que é a 4ª revolução industrial – e como ela deve afetar nossas vidas**. BBC Brasil, 2016. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-37658309>>. Acesso em 10 ago. 2020.

ROCHA, Cláudio Jannotti da; MELO, Francisco Matheus Alves; PORTO, Lorena Vasconcellos. O Teletrabalho e suas Múltiplas dimensões: Análises e reflexões necessárias no direito brasileiro e no direito comparado. In: PIRES, Rosemary de; GEMIGNANI, Tereza Asta; MARANHÃO, Ney (Orgs.). **Contratos Flexíveis na Reforma Trabalhista**: trabalho em tempo parcial, teletrabalho, trabalho

intermitente, trabalhador hiperssuficiente e terceirização. Belo Horizonte: RTM, 2019, v. 1, p. 88-108.

ROCHA, Cláudio Jannotti da; STEFANELLI, Daniella Gonçalves; MANSUR, Maria Júlia Ferreira. **A importância do teletrabalho na sociedade contemporânea.** No prelo.

SILVA, Homero Batista Mateus da. Comentários à reforma trabalhista: análise da Lei n. 13.467/2017 – artigo por artigo. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2017. *Versão digital*.

SOGUEL-DIT-PICARD, Dominique. **Pandemia suscita debate sobre regras do teletrabalho.** Disponível em: <https://www.swissinfo.ch/por/lei-trabalhista_pandemia-suscita-debate-sobre-regras-do-teletrabalho/45806486>. Acesso em: 11 ago. 2020.

O HOME OFFICE E A TRIPLA JORNADA FEMININA NO MUNDO CONTEMPORÂNEO DO TRABALHO

HOME OFFICE AND THE TRIPLE FEMALE JOURNEY IN THE CONTEMPORARY WORLD OF WORK

*Beatriz Salvador de Magalhães*⁴⁶¹

*Cláudio Jannotti da Rocha*⁴⁶²

*Daniella Gonçalves Stefanelli*⁴⁶³

RESUMO

O *home office* vem sendo utilizado como a principal forma para a manutenção das atividades laborativas durante a pandemia da COVID-19. A imposição do distanciamento social, como medida

⁴⁶¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro do Grupo de Pesquisa “Trabalho, seguridade social e processo: diálogos e críticas” (CNPq). beatrizsalvordemagalhaes@gmail.com.

⁴⁶² Professor Adjunto do Departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), no curso de Graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito Processual (PPGDIR). Pós-Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Doutor e Mestre em Direito na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS). Líder do Grupo de Pesquisa “Trabalho, seguridade social e processo – diálogos e críticas” (UFES-CNPq). Membro do Grupo de Pesquisa “Trabalho, constituição e cidadania” (UnB-CNPq). Membro da Rede Nacional dos Grupos de Pesquisa em Direito do Trabalho e Seguridade Social (RENAPEDTS) e da Rede de Grupo de Pesquisas em Direito e Processo do Trabalho (RETRABALHO). Autor de livros e artigos publicados no Brasil e no Exterior. Advogado. Pesquisador. claudiojannotti@hotmail.com.

⁴⁶³ Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro do Grupo de Pesquisa “Trabalho, seguridade social e processo: diálogos e críticas” (CNPq). daniellagstefanelli@gmail.com.

profilática essencial ao combate do coronavírus, impediu o exercício do trabalho presencial em larga escala e a sua execução remota trouxe novos desafios e configurações ao cenário até então costumeiro de desenvolvimento das relações trabalhistas. Tais questões tornam-se ainda mais significativas quando observadas sob a ótica da mulher trabalhadora. Fato é que essa nova modalidade de trabalho tende a predominar, sendo apenas mais um dos fatores inseridos na equação da Quarta Revolução Industrial, assim, mister avaliar as consequências da adoção do *home office* pela mulher trabalhadora, que é diariamente submetida a uma multiplicidade de jornadas, produto direto do patriarcalismo sistêmico. Nesse sentido, a presente pesquisa objetiva analisar as consequências e os impactos da adoção do *home office* pelas mulheres, sobretudo no concernente à organização da realização das atividades laborais, domésticas e familiares, o que guarda relação direta com a sua qualidade de vida, emergindo assim a tripla jornada feminina.

Palavras-chave: *Home office*. Tripla jornada. Trabalho Feminino. Direito do Trabalho Contemporâneo.

ABSTRACT

The home office has been used as the main way to maintain work activities during the COVID-19 pandemic. The imposition of social distance, as an essential prophylactic measure to fight the coronavirus, prevented the exercise of face-to-face work on a large scale and its remote execution brought new challenges and configurations to the scenario hitherto customary in the development of labor relations. Such issues become even more significant when viewed from the perspective of working women. The fact is that this new type of work tends to predominate, being just one of the factors inserted in the equation of the Fourth Industrial Revolution, therefore, it is necessary to evaluate the consequences of the adoption of the home office by the working women, who is daily submitted to a multiplicity of hours, a direct product of systemic patriarchy. In this sense, the present

research aims to analyze the consequences and impacts of the adoption of the home office by women, especially with regard to the organization of carrying out work, domestic and family activities, which is directly related to the their quality of life, thus emerging the triple women's journey.

Keywords: Homeoffice. Triple journey. Woman. Contemporary work

INTRODUÇÃO

O teletrabalho foi idealizado a partir dos anos 70, época em que iniciou a democratização tecnológica, associado ao crescimento da presença feminina nos postos de trabalho, dos problemas envolvendo a mobilidade urbana e a crise do petróleo (MANN; HOLDSWRTH, 2003 *apud* SMAHA, 2009). Dentre as suas formas de realização, destaca-se o *home office*, consistente no trabalho executado no ambiente doméstico. Inúmeras vantagens envolvem a adoção do *home office*, como o incremento da qualidade de vida do trabalhador, propiciado, em tese, pelo melhor equilíbrio entre as vidas pessoal e profissional (SMAHA, 2009).

Impende destacar que no Brasil muito embora o teletrabalho seja normatizado na CLT (art. 75-A ao 75-E), especificamente o *home office* não é regulamentado, sendo um tema omissivo holisticamente.

Quando examinado pela perspectiva da mulher o *home office* revela desafios peculiares, consistindo a tripla jornada no maior deles, questão que, apesar de guardar correlação direta com a saúde e a segurança no meio ambiente de trabalho, conta com regulamentação precária. Nesse cenário, questiona-se quais os obstáculos, tanto culturais quanto legais, envolvem a adoção do *home office* pelas mulheres; quais as raízes desses problemas; o que fazer para superá-los, afinal durante do Coronavírus, além de realizar suas atividades

profissionais, assume integralmente atividades domiciliares e familiares (como ajudar na educação dos seus filhos que estão tendo aulas virtuais e questões familiares).

Para responder a essas questões será utilizado o método dedutivo, consubstanciado na revisão bibliográfica, portanto, a vertente jurídico-teórica mostra-se como a mais adequada para a realização da pesquisa, cujo marco teórico é a Convenção n. 156 da OIT e a Lei n. 13.467/17. O presente estudo integra a pesquisa “Constituição, Trabalho e Processo: a dignidade da pessoa humana como matriz epicentral do Estado Democrático de Direito (UFES)”, e está inserido nas temáticas do Grupo de Pesquisa “Trabalho, Seguridade Social e Processo: diálogos e críticas (UFES-CNPq)”.

1 TRABALHO FEMININO E CONSTRUÇÃO SOCIAL

Fato é que o Direito do Trabalho jamais foi concedido; foi conquistado. Com origem no século XIX, sua gênese está relacionada aos movimentos de revolta e revolução contra o cenário instaurado pelo capitalismo industrial, responsável por remodelar o espaço social e o modo de vida da população de forma brutal, por meio da imposição de relações de poder no âmbito da sociedade civil. Curiosamente, tais relações de poder coexistiam no tempo histórico com o trabalho juridicamente livre, algo novo até então, considerando a violenta transição que se deu da relação de servidão, marcadamente feudal, à relação de subordinação (DELGADO, 2019).

Certos fatores foram necessários para que fosse gerado o cenário propício à criação do Direito do Trabalho, como a insatisfação do sujeito ao grau e modo de sua subordinação. Tal fenômeno ocorreu principalmente em relação às mulheres e crianças, cujos maiores penores laborais lhes foram infligidos:

Fazendo uso deste binômio, igualdade e liberdade, dentro deste contexto, o que se presenciou foi uma (super)exploração das crianças e mulheres, cuja mão de obra era utilizada de maneira preferencial, diante, principalmente, de três fatores: as mulheres e crianças especificamente pela não resistência às ordens que recebiam; pelo pagamento de salários mais baixos; pela menor necessidade de força física no processo produtivo mecanizado; e pela facilidade no manuseio das máquinas a vapor (principalmente a de tear), devido às mãos mais finas que as dos homens adultos (JANNOTTI; VASCONCELLOS; ZANOTELLI, 2020, p. 114)

A constatação da dimensão dos danos sofridos por essa categoria tornou necessária a movimentação da classe trabalhadora, para que conquistassem direitos que garantissem um patamar humanitário mínimo para a realização do trabalho. É importante ressaltar que as condições laborais das crianças e mulheres, à época, representava uma manutenção do *status quo* social, que atribuía a estes indivíduos certa inferioridade em relação aos demais. A temática foi amplamente explorada em produções culturais, como nos filmes “As sufragistas” e “Deans – O grito da justiça”. Mas, essa idiossincrasia não ficou restrita aos séculos passados, reverberando hoje, de modo que o trabalho feminino continua prejudicado em diversas vertentes.

Uma das questões mais complexas, relativa a esse tema, é a dupla jornada, pois, segundo o patriarcalismo, o papel social conferido à figura feminina é o de cuidado com o lar e com a prole. Apesar da inserção da mulher no mercado de trabalho esse papel não foi alterado, sendo ela responsável tanto por fração do sustento financeiro do núcleo familiar quanto pela sua organização funcional e afetiva. Tal construção é fortemente internalizada pelo corpo sociais, no sentido

de que o papel da mulher não é determinado biológica, psíquica ou economicamente, e sim pelo conjunto da civilização, que elabora tal produto (BEAUVOIR, 1949).

Isso tanto é verdade que a Lei Complementar n. 150/15, que versa sobre o contrato de trabalho doméstico, apesar de disciplinar a matéria, exercendo papel extretamente necessário, acabou conhecida como “Lei das domésticas”, o que evidencia a associação do trabalho doméstico à figura feminina.

A construção social em torno da figura feminina e suas “responsabilidades” se tornam extremamente nocivas à mulher no campo laborativo, por interferir diretamente no direito ao trabalho saudável e produtivo reforçando sua vulnerabilidade neste aspecto, além da necessidade de regulamentação legal para combater a problemática decorrente da dupla jornada.

2 DAS NORMAS TRABALHISTAS GERAIS

A nível mundial, verifica-se a institucionalização das normas trabalhistas a partir dos movimentos constitucionalistas alemão e mexicano e da criação da Organização Mundial do Trabalho, todos no início do século XX. Já no Brasil observa-se um ligeiro atraso, tendo referida institucionalização ocorrido na década de 30, com o Estado Novo (DELGADO, 2019).

Desde a Primeira Revolução Industrial, ainda no século XVIII, o trabalho se transmutou e adquiriu novos contornos, transformação esta que continuou ao longo da Segunda e da Terceira Revoluções Industriais, pautadas, respectivamente, no uso de energia elétrica, petróleo e aço e na eletrônica digital (JANNOTTI, VASCONCELLOS, ZANOTELLI, 2020). Já no fim do século XX teve início a Quarta Revolução Industrial, denominada Revolução 4.0,

consubstanciada na *cyberização*. Diante das suas particularidades, especialmente com relação ao objeto, não causa estranhamento que cada uma dessas revoluções tenha provocado adequações na legislação laboral então vigente, a fim de que esta atendesse às necessidades das novas nuances e formas de realização do trabalho.

Com o crescimento do uso de artifícios digitais em todos os setores da vida humana, como o lazer, a saúde e a interação social, não poderia ser diferente com o labor. O aumento vertiginoso na velocidade de desenvolvimento de novas tecnologias permitiu a adoção de outras modalidades de trabalho, como o *home office*, espécie do gênero teletrabalho, mediante o qual o obreiro realiza as suas atividades laborativas dentro da própria casa, muitas vezes, mas nem sempre, com o auxílio de tecnologias da informação e comunicação fornecidas pelo empregador (ROSENFELD; ALVES, 2011). Cabe, aqui, assinalar que os primeiros trabalhos executados pelo homem, artesanais e manufatureiros, também eram realizados nos lares, alguns, principalmente, por mulheres.

Entretanto, o avanço tecnológico veio acompanhado da mora característica do legislativo brasileiro, que incorpora as tendências e as práticas sociais, econômicas e políticas de modo tardio. Enquanto outros países buscam fortalecer suas relações trabalhistas com normas voltadas ao bem-estar laboral, o Brasil as enfraquece, com a adoção de ideais neoliberais em diversas searas, décadas depois do seu afloramento no hemisfério norte.

A situação é agravada quando, demonstrados os novos desafios apresentados pela crescente utilização do *home office*, especificamente mediante a implementação de tecnologias da informação e comunicação, tal forma de labor é precariamente regulamentada, sobretudo pelas sucessivas dilapidações da lei trabalhista brasileira, a título de “reformas”. Uma dita evolução que

ocasionou verdadeiro retrocesso na proteção ao trabalhador em contramão ao estabelecido mundialmente, distoando do desenvolvimento tecno-laborativo vivenciado atualmente.

3 DAS NORMAS DESTINADAS ÀS MULHERES

O cenário legislativo laboral brasileiro é marcado pela precariedade no que tange às normas destinadas às mulheres. Não se olvida que dispositivos legais que tratam da licença-maternidade, da estabilidade provisória, da empregada adotante elactante, por exemplo, representam importantes, embora não suficientes, avanços para essa categoria. Contudo, é perceptível que a produção normativa nacional não logrou êxito em englobar integralmente as peculiaridades das novas formas de trabalho características do mundo contemporâneo, especialmente diante da realidade da mulher trabalhadora.

Neste aspecto, assinala-se a importância do trabalho realizado pela Organização Mundial do Trabalho na tentativa de contornar os obstáculos enfrentado pelas mulheres na seara laboral, uma vez que é inegável o quanto os estereótipos de gênero afetam a sua disponibilidade para o mercado de trabalho (FERRITO, 2019), bem como lhes infligem uma sobrecarga, decorrente da multiplicidade de jornadas que assumem para conseguirem realizar as atividades profissionais, domésticas e familiares. Destarte, é de suma relevância a Convenção 156 da OIT, que trata dos trabalhadores com encargos familiares.

A temática está estritamente associada ao trabalho produtivo feminino, que indubitavelmente existe, mas sempre está atrelado ao denominado trabalho reprodutivo. Nesta linha:

O trabalho produtivo, inserido na cadeia capitalista de produção, é realizado pelo homem, no âmbito público, e, por isso, é remunerado. Já o trabalho reprodutivo, consistente no serviço doméstico e de cuidado, isto é, nos serviços que, estando fora da cadeia produtiva, tendem a tornar a vida do sujeito ou das pessoas ao seu redor possível ou mais confortável, típico do âmbito doméstico, recaiu sobre as mulheres (KERGOAT, 2016 *apud* FERRITO, 2019, p. 74).

Salienta-se que o mercado de trabalho, por si próprio, torna excessivamente dificultosa a inserção da figura feminina, reivindicando adaptação à realidade, pois não foi construído para comportar a mulher. Isso se dá pela restrição do privilégio de poder o indivíduo dedicar-se apenas ao trabalho remunerado (ou trabalho produtivo) (KERGOAT, 2016 *apud* FERRITO, 2019), sem as preocupações com o trabalho do lar (ou trabalho reprodutivo). (BANDEIRA; PRETURLAN, 2016).

A Convenção 156 da OIT, que trata sobre a igualdade de oportunidades de tratamento para homens e mulheres trabalhadores no relativo à existência de encargos de família, foi aprovada em 1981, porém conta com apenas 45 ratificações. Referida convenção é uma tentativa de alcançar a igualdade em seu conceito aristotélico, de modo que as diferenças entre os encargos familiares socialmente impostos a homens e mulheres possam ser considerados ante às responsabilidades trabalhistas, a fim de gradativamente superar a ideia de divisão sexual do trabalho (FERRITO, 2019). Interessante, ainda, é a escolha do redator, que compreendeu a figura masculina pela Convenção 156 da OIT, com vistas a demonstrar que o homem também possui responsabilidades no referente aos encargos familiares. Lamentavelmente, o Brasil foi um dos países que não internalizou a referida convenção ao ordenamento pátrio.

Talvez, por esse motivo, não há qualquer especificação na regulamentação do teletrabalho, particularmente em *home office*, para a mulher e sua dupla jornada na Lei n. 13.465/17, intitulada “Reforma Trabalhista”. Esta, a bem da verdade, permite, formalmente, certa maleabilidade na definição dos encargos laborais entre empregador e empregado. Todavia, é notório que o empregado é a parte vulnerável, portanto, a sua equiparação formal ao empregador não garante qualquer ajuste materialmente igualitário e equilibrado, sequer a concretização do que foi acordado, com a observância das responsabilidades familiares como motivo suficiente para modificar o contrato de trabalho. Além de não ser um elemento do interesse do patrão, adquire contornos graves diante da facilidade de substituição das pessoas que ocupam os postos de trabalho.

4 O MEIO AMBIENTE LABORAL NO *HOME OFFICE*

4.1 Do *home office*

O *teletrabalho* é o trabalho realizado pelo empregado na sua residência, com o uso de instrumentos informáticos, de novos meios de comunicação e de equipamentos elétricos e eletrônicos convergentes. A Lei 12.551/11, com a inserção do art. 6º à CLT, foi a responsável por permitir a equiparação formal da subordinação objetiva e estrutural à subordinação clássica, assim, o trabalho realizado à distância também passou a conformar subordinação que, como se sabe, é requisito essencial para caracterização da relação de emprego.

A regulamentação específica dessa forma de trabalho ocorreu com a denominada Reforma Trabalhista, que tratou a matéria no campo pré-existente da CLT já que versava sobre os “trabalhos em

domicílio” (naturalmente, os que não envolviam meios tecnológicos para sua realização, pois estes são adventos característicos da Quarta Revolução Industrial). O capítulo II-A da Lei 13.467/17, por sua vez, define legalmente o teletrabalho (gênero do qual o *home office* é espécie, cuja adoção depende de previsão expressa no contrato de trabalho) como sendo “a

[...] A prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Apesar da previsão legal, foi mantida a precariedade no trato a questões extremamente relevantes ao trabalhador quanto ao teletrabalho, a exemplo do art. 62, III, da CLT (incluído pela Reforma Trabalhista) que inviabilizou a fixação de jornada aos teletrabalhadores. Por esta razão, restou esvaziado o quesito do pagamento de horas extras para esses trabalhadores, colocando dúvidas à possibilidade de recebimento de adicional noturno. Todas essas questões impactam diretamente no direito ao meio ambiente do trabalho digno e à desconexão, essenciais para a saúde e a segurança do trabalhador.

O vácuo normativo decorrente da não regulamentação do *home office*, como outrora mencionado, custa caro (e muito) às mulheres, porquanto que essa modalidade de teletrabalho possui variáveis que o tornam muito distante das demais espécies, possuindo características próprias que carecem de regulamentação específica. Afinal, trabalhar em casa é muito diferente de trabalhar a distância, e o coronavírus escancarou a assimetria destas hipóteses.

4.2 Do meio ambiente do *home office*

A Constituição Brasileira, em seu art. 200, VIII, c/c art. 7º, XXII, integrou o direito fundamental à saúde ao direito à proteção do meio ambiente do trabalho destarte, a proteção do primeiro está atrelada a medidas que assegurem o segundo, de modo a se complementarem (CARVALHO, 2016). Esse fenômeno conferiu ao trabalhador direitos de matriz jusambiental, devendo o Direito Ambiental também abarcar o meio ambiente laboral (MARANHÃO, 2020), principalmente porque matéria foi considerada de interesse público primário, não abarcando apenas os interesses da classe trabalhadora, mas de toda a sociedade, que sofre reflexos do ambiente laboral.

A Organização Internacional do Trabalho exerce papel de suma relevância nas discussões envolvendo o meio ambiente do trabalho (DELGADO, 2020). Existem, no mínimo, 22 convenções que têm a matéria como cerne, destacando-se, entre estas a Convenção 155 e 156, ratificadas pelo Brasil em 1992 e 1991, nesta ordem. A Convenção 155 inova ao estabelecer que o termo “saúde”, quando considerado no contexto laboral, também refere-se aos elementos físicos e mentais que afetam o trabalhador e que estão ligados à segurança e higiene no meio ambiente de trabalho, enquanto a Convenção 161 dispõe que

[...] a) a expressão “serviços de saúde no trabalho” designa um serviço investido de funções essencialmente preventivas e encarregado de aconselhar o empregador, os trabalhadores e seus representantes na empresa em apreço, sobre: i) **os requisitos necessários para estabelecer e manter um ambiente de trabalho seguro e salubre, de molde a favorecer uma saúde física e mental ótima em relação com o trabalho;** ii) a adaptação do trabalho

às capacidades dos trabalhadores, levando em conta seu estado de sanidade física e mental; (grifou-se)

Quanto ao *home office*, a tese relaciona-se diretamente ao direito à desconexão. Inegável que a adoção do teletrabalho na modalidade mencionada acaba por flexibilizar os limites do tempo que se passa em frente à tela para a realização do labor, tornando prejudicado o período de descanso. Esse fenômeno é agravado quando consideradas, ainda, as inúmeras ferramentas eletrônicas para a comunicação entre empregador e empregado, que funcionam em tempo integral (ROCHA; JANNOTTI; NUNES, 2020) e permitem exceder em muito a disponibilidade dos sujeitos da relação empregatícia, tornando mais suscetível de violação o direito ao meio ambiente de trabalho saudável, que preze pela saúde física e mental do empregado, o que denuncia os danos da adoção dessa forma de trabalho à saúde.

4.3 Da tripla jornada feminina

A divisão sexual do trabalho, conceito analítico que se amolda ao contexto histórico sobre o qual se aplica, consiste na separação realizada entre os trabalhos reprodutivo e produtivo. Tal termo sustenta-se na legitimação proporcionada pela teoria naturalista, que dispensa a cada sexo biológico determinadas tarefas que lhe seriam “naturais”, intrínsecas e inevitáveis (HIRATA; LABORIE; LE DOARÉ; SENOTIER, 2009).

O movimento feminista formulou-se a partir da tomada de consciência quanto ao trabalho invisível realizado pelas mulheres, de forma gratuita e não reconhecida, em nome da difundida ideia de que seria a única opção e o biologicamente correto. Contudo, tornou-se

consenso que tal labor equivalia ao trabalho produtivo, formal e “profissional”(KERGOAT, 2016 *apud* FERRITO, 2019) até então reservado aos homens.

Durante os séculos XIX e XX, as mulheres foram ocupando cada vez mais postos de trabalhos, passando, assim, a exercerem trabalho produtivo. Todavia, a cultura estabelecida outrora permaneceu, não isentando a mulher, em nenhuma medida, do trabalho reprodutivo, realizado concomitantemente àquele; as responsabilidades familiares permaneceram como função feminina, gerando conflito entre o tempo destinado aos trabalhos produtivo e reprodutivo (RICOLDI, 2010). solo fértil ao surgimento de problemas na conciliação entre os dois tipos de trabalho, Segundo dados do IBGE, as horas dedicadas aos afazeres domésticos por maiores de 14 anos, aqui no no Brasil em 2016, eram quase o dobro para mulheres do que eram para homens.

O advento do *home office*, com os seus malefícios e benefícios, torna a problemática ainda mais delicada quando considerada a questão da dupla jornada. Afinal, a dificuldade da desconexão, a facilidade do extrapolamento da “jornada”, a facilidade de comunicação entre empregador e empregado em período integral, agravam a tensão entre as cargas dos trabalhos reprodutivos e produtivos, razão pela qual regulamentação mais completa do tema reivindicaria a consideração dos encargos familiares, ainda predominantemente dispensados às mulheres, para a efetiva mitigação ou atenuação do problema.

Entretanto, é ilusório sustentar que apenas essa medida é suficiente para resolver a questão da dupla jornada feminina, para tanto, imprescindível a modificação do papel econômico, social e familiar do homem. Políticas envolvendo “prácticas de conciliación trabajo-familia que ayuden a balancear estos dos aspectos de la vida

del trabajador” (ALARCÓN, 2020, p. 165), como o investimento na educação infantil, a adoção de horário integral nas escolas e iniciativas privadas para flexibilizar (para melhor) a jornada de trabalho devem ser adotadas como forma de reconhecer o problema e iniciar a sua resolução.

Acontece que até o Coronavírus a jornada de mulher era predominantemente dupla, mas, a partir de então, tornou-se tripla, aglutinando os trabalhos profissional, doméstico e o familiar (como destinar tempo para ajudar seus filhos na educação e demais questões familiares). Pelo que se percebe trata-se de uma mudança que veio para ficar e sacrificar ainda mais a mulher.

CONCLUSÃO

Neste trabalho buscou-se tratar os malefícios práticos que a insuficiência regulamentar do *home office* traz à mulher trabalhadora que se submete à sua adoção, principalmente no que concerne à dupla jornada de trabalho, pela perspectiva dos direitos ao meio ambiente do trabalho saudável e à desconexão.

A pesquisa realizada permite concluir que a questão é de difícil resolução, requerendo certo aprimoramento normativo. A não-ratificação da Convenção 156 da OIT demonstra uma deficiência brasileira no trato dos direitos dos trabalhadores com encargos familiares, principalmente das mulheres. Visando atender os interesses dos empregadores, os direitos trabalhistas foram flexibilizados e comprometidos pela Lei 13.467/17, entre os quais merece destaque o direito à desconexão, prejudicando ainda mais a situação da mulher com tripla jornada, assim entendida como a com demandas produtivas e reprodutivas.

Portanto, é urgente o amadurecimento legal do tema, a fim de

que as atividades domésticas e familiares sejam tidas em conta quando do estabelecimento das atribuições trabalhistas, sob pena de submeter a mulher a labor insalubre, por sofrer diretamente os efeitos deletérios do patriarcalismo. Assim, será alcançada melhor qualidade de vida, haja vista a conciliação entre os trabalhos produtivo e reprodutivo, isto é, entre as atividades profissionais, domésticas e familiares.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Katerine Bermúdez. El Convenio 156 de la OIT sobre trabajadores con obligaciones familiares: La necesidad de conciliar familia y trabajo. In: JANNOTTI, Cláudio da Rocha; et. al. **Coleção Direito Internacional do Trabalho** - Os instrumentos normativos: tratados e convenções internacionais. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 152-167.

ANDEIRA, Lourdes Maria e PRETURLAN, Renata Barreta. As pesquisas sobre uso do tempo e a promoção da igualdade de gênero no Brasil. In Fontoura, Clara Araújo [et al] (org.) **Uso do tempo e gênero**. Rio de Janeiro: UERJ (2016).

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo Sexo**. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970.

CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do Trabalho: curso e discurso**. São Paulo: LTr, 2016.

DELGADO, Gabriela Alves; DIAS, Valéria de Oliveira. Direito fundamental ao trabalho digno e meio ambiente do trabalho saudável: uma análise sob a perspectiva do assédio organizacional. In: Guilherme Guimarães Feliciano; et. al. **Direito Ambiental do trabalho**: apontamentos para uma teoria geral. São Paulo: LTr, 2020.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

FERREIRA, Vanessa Rocha; ROCHA, Claudio Jannotti; FERREIRA, Versalhes Enos Nunes. O direito à desconexão e o dano existencial: A importância da sustentabilidade emocional do ser humano. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, XX, v. 8, n. 2, p. 439-471, 2020.

FERRITO, Bárbara. A falta que faz: Convenção n. 156, OIT, conciliação dos tempos e corresponsabilidade. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba (PR), v. 8, n. 81, p. 73-85, ago. 2019.]

HIRATA, Helena; LABORIE, Françoise; DOARÉ, Hélène; SENOTIER, Danièle. **Dicionário crítico do feminismo**. São Paulo: Unesp, 2009.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estatísticas de Gênero - Indicadores sociais das mulheres no Brasil**. Rio de Janeiro, 2018.

KERGOAT, Danièle. O cuidado e a imbricação das relações sociais. In ABREU, Alice Rangel de Paiva; HIRATA, Helena; LOMBARDI, Maria Rosa (orgs.). **Gênero e trabalho no Brasil e na França: perspectivas interseccionais**. São Paulo: Boitempo, 2016.

MARANHÃO, Ney. Direito fundamental ao equilíbrio do meio ambiente do trabalho. In: Guilherme Guimarães Feliciano; et. al. **Direito Ambiental do trabalho: apontamentos para uma teoria geral**. São Paulo: LTr, 2020.

RICOLDI, Arlene Martinez. A noção de articulação entre família e trabalho e políticas de apoio. **Mercado de Trabalho: Conjunturas e Análises**, DF, n. 42, p. 37-43, 2020.

ROCHA, Cláudio Jannotti; PORTO, Lorena Vasconcelos; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. In: As revoluções industriais e o meio ambiente do trabalho: reflexões, análises, comparações e os fundamentos do Direito do Trabalho. O Mundo do Trabalho e a 4ª Revolução Industrial. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2020, p 114, 2020.

ROSENFELD, Cinara L.; ALVES, Daniela Alves de. Autonomia e trabalho informacional: o teletrabalho. **DADOS - Revista de Ciências Sociais**. RJ, v. 54, n. 1, (2011).

SMAHA, Hágata Crystie. **Trabalho e família no contexto do teletrabalho**: O olhar de teletrabalhadores e seus co-residentes. Dissertação (Mestrado em Gestão Empresarial) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2009.

OS IMPACTOS DO TELETRABALHO NA SOCIEDADE E SUA DISSEMINAÇÃO COM A REFORMA TRABALHISTA

THE IMPACTS OF TELEWORKING ON SOCIETY AND ITS DISSEMINATION WITH LABOR REFORM

*Jéssica da Silva Gomes⁴⁶⁴
Jair Aparecido Cardoso⁴⁶⁵*

RESUMO

A modalidade de contratação do Teletrabalho ganhou destaque em 2011, ocasião em que foi inserido na legislação trabalhista brasileira, com alteração do art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Com a reforma trabalhista, Lei nº 13.467/2017, aprofundou a regulamentação dessa espécie de contrato de trabalho, que passou a ter grande relevância nas relações de emprego e fomento na economia, já que para o empregador esta nova modalidade de contratação gerará economia dentro de sua empresa, e para o empregado, este terá mais liberdade e flexibilidade dentro da relação empregaticia. Todavia é importante destacar os riscos que pode acarretar com este tipo de contratação. Assim, o presente trabalho tem como objetivo abordar as vantagens e desvantagens que esta modalidade de contratação institui, analisando a relação entre

⁴⁶⁴ Pós-Graduanda em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela FDRP-USP. E-mail: jessica.silva.gomes@hotmail.com.

⁴⁶⁵ Professor Doutor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP (FDRP/USP); líder do grupo de pesquisa (CNPQ) —A transformação do direito do trabalho na sociedade pós-moderna e seus reflexos no mundo do trabalho da FDRP/USP. Doutor em Direito pela Universidade Católica de São Paulo, PUC – SP; graduado e mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba, UNIMEP. Autor de livros e artigos da área. E-mail: jaircardoso@usp.br.

empregado e empregador, a solenidade para o teletrabalho, a responsabilidade do empregador e o ambiente de trabalho. O estudo partiu de pesquisas bibliograficas, analises de artigos cientificos sobre o tema e metodo dedutivo. Destarte, ressalta-se a relevancia do tema, bem como a necessidade de esclarecer suas consequencias antes da real concretização do contrato.

Palavras-chave: Teletrabalho; Impactos do Teletrabalho, Reforma Trabalhista.

ABSTRACT

The teleworking contracting mode gained prominence in 2011, when it was inserted in the Brazilian labor legislation, with amendment to art. 6th of the Consolidation of Labor Laws (CLT). With the labor reform, Law No. 13,467 / 2017, deepened the regulation of this type of employment contract, which will have great relevance in employment relations and promotion in the economy, since for the employer this new type of hiring will generate savings within your company, and for the employee, he will have more freedom and flexibility within the employment relationship. However, it is important to highlight the risks that this type of contract can entail. Thus, this paper aims to address the advantages and disadvantages that this type of hiring establishes, analyzing the relationship between employee and employer, the ceremony for teleworking, the employer's responsibility and the work environment, and what this can impact in society. The study started from bibliographic research, analysis of scientific articles on the subject and deductive method. Thus, the relevance of the theme is emphasized, as well as the need to clarify its consequences before the actual execution of the contract.

Keywords: Teleworking; Impacts of Telework, Advantages and Disadvantages.

INTRODUÇÃO

Com avanço da indústria 4.0 ou também denominada como 4ª Revolução Industrial, surgiu a necessidade de meios mais flexibilizadores para fomentação do Mercado de trabalho.

Desta forma, algumas empresas tem optado em aderir á esta flexibilização, instituindo novas modalidades de contratação.

O Teletrabalho pode ser considerado como uma solução eficaz para o empresarios que objetivam a redução de custos, e em contrapartida possibilita aos trabalhadores realizarem suas atividades fora das dependências do empregador.

Contudo, esta modalidade de contratação traz grandes impactos nas relações de emprego, como por exemplo o teletrabalhador não será submetido a controle de jornada, não tendo direito ao recebimento de horas extras caso sejam realizadas, ainda o fato de não desconectar-se do trabalho, já que estará conectado ao empregador pelas vias telemáticas, pode acarretar serios riscos á saúde do trabalhador, como desgastes psicofísicos, tornando-se mais propenso a acidentes e doenças ocupacionais e psicossociais, além disso, a falta do convívio social é outro fator que influencia negativamente na saúde do trabalhador.

O presente trabalho tem o objetivo entender o mundo do teletrabalho, as relações entre empregados e empregadores, forma de contratação e o meio ambiente de trabalho.

1 TELETRABALHO E A REFORMA TRABALHISTA

Antes do advento da Reforma Trabalhista, Lei nº 13.467 de 2017, a CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), foi alterada pela a Lei nº 12.551 de 2011, introduzindo em seu artigo 6º paragrafo único

a regulação sobre o teletrabalho.

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

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

Este dispositivo da CLT, corroborou para uma linha de interpretação no sentido de que o “local da prestação de serviços é irrelevante para configurar o vínculo empregatício” (CORREIA, Henrique 2018), presentes os pressupostos da relação de emprego, não há necessidade do empregado estar presente no espaço físico do empregador e sim, executar o trabalho em seu domicílio ou em locais diversos como aeroportos, hotéis, coworkings, com o equipamento necessário para realização do feito.

Ainda, segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT), o teletrabalho pode ser definido como:

Atividade realizada mediante recursos de tecnologia facilitadora de informação e comunicação, prestada a partir de lugar distante da empresa ou estabelecimento, que permite a separação física entre o local de produção ou prestação de serviço e o local de funcionamento da empresa”. (THIBAUT ARANDA, Javier. El teletrabajo – análisis jurídico – laboral. Consejo econômico y social, Madri: 2001, p.19.)

A Reforma Trabalhista inseriu na CLT o artigo 75 – B que definiu assim o teletrabalho:

Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do

empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho.

Com relação ao artigo o jurista Mauricio Godinho Delgado (2017, p 138) entende que:

Naturalmente que, sendo excessivos ou preponderantes esses comparecimentos aos estabelecimento empresarial, pode se descaracterizar o regime de teletrabalho, em vista de se tornar plenamente fictível o controle de jornada pelo empregador.

Assim, verifica-se que o intuito da Reforma Trabalhista foi o de disciplinar o teletrabalho para que a sociedade se adeque aos novos modelos de contratação.

1.1 Caracterização do Teletrabalho

O Teletrabalho possui características próprias, desta forma, iremos utilizar como base os elementos trazidos pela doutrina. Nesse sentido, Henrique Correia (2018, p 803- 804) afirma que as principais características do teletrabalho são:

a) Trabalho prestado preponderantemente for a das dependências do empregador;

b) utilização de tecnologias de informação e de comunicação;

e

c) Não configuração do trabalho externo.

Portanto, será considerado teletrabalhador o empregado que

prestar serviços fora das dependências do empregador, utilizando-se de tecnologias de informação e comunicação, quais sejam telefone, whatsapp, facebook, SMS, e-mails, entre outras.

Ressalta-se, que caso ocorra o comparecimento do empregado nas dependências da empresa ou em qualquer local considerado como base de trabalho, não altera a natureza do teletrabalho.

Em síntese, o teletrabalho se caracteriza pelos serviços prestados á distancia, ou seja for a das dependências do local de trabalho, com utilização de equipamentos tecnológicos e de comunicação.

2. CONTRATAÇÃO DO TELETRABALHO

Para contratação do empregado na modalidade de teletrabalho, é condição imprescindível que a disposição como teletrabalhador esteja expressa no contrato individual de trabalho.

Desta forma, o empregador não poderá contratar o empregado para o teletrabalho de forma tácita, já que esta attitude acarretaria pela desconsideração do regime de teletrabalho.

Ademais, no momento da contratação tem como requisito que o empregador descreva as atividades que o empregado irá exercer, pois, por mais que o obreiro esteja sendo contratado sob o regime do teletrabalho, este preenche todos os requisitos da relação de emprego, inclusive no que se refere a subordinação jurisdicional.

Nesse sentido, o artigo 75 – C inserido pela Reforma Trabalhista dispõe que:

A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado.

§ 1º Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contractual.

§ 2º Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual.

Pela leitura do artigo 75 – C, observa-se que a legislação permite a mudança do empregado que labora presencialmente para o regime de teletrabalho, desde que exista concordância entre as partes, já que em regime de teletrabalho o empregado não tem direito a limitação da jornada, conforme estabelece o artigo 62, inciso III da CLT, inserido pela Reforma Trabalhista.

Segundo Henrique Correia, cito:

É importante destacar que o acordo individual é uma flexibilização perigosa ao trabalhador, pois às partes são desiguais e mesmo assim devem negociar as condições do contrato. Entendemos de que se houver prejuízos ao emprego com alteração, há violação do art. 468 da CLT e, portanto, a alteração não é válida.

Outrossim, para que de fato se concretize a mudança de regime presencial para teletrabalho, é necessário que conste um aditivo no contrato de trabalho, estabelecendo a nova condição de teletrabalhador, por isso a necessidade do acordo estar formalizado de forma escrita.

Ainda, será possível também a reversão do regime de teletrabalho para o presencial independente de mútuo acordo entre as partes, e sim por mera decisão do empregador, de forma unilateral.

Quando ocorre esta situação, o empregador deverá avisar ao empregado com antecedência mínima de 15 dias, para que o mesmo

possa se acostumar com a nova rotina de trabalho, bem como a alteração só terá validade caso conste em aditivo contractual, evitando qualquer prejuízo na relação contratual.

Observa-se que o legislador facilitou a conversão do regime em teletrabalho para presencial e dificultou a ação reversa, para Plantom (2017 p. 105), isto ocorre certamente por conta dos riscos inerentes à prática do labor a distância, especialmente os ergonômicos e psicossociais.

No próximo capítulo, abordaremos a responsabilidade e disposição acerca da infraestrutura e equipamentos que serão disponibilizados ao teletrabalhador.

3. RESPONSABILIDADE DAS AQUISIÇÕES DOS EQUIPAMENTOS E DISPONIBILIZAÇÃO DE INFRAESTRUTURA

A redação trazida pela nova lei no artigo 75 – D, dispôs que:

As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito.

Parágrafo único. As utilidades mencionadas no **caput** deste artigo não integram a remuneração do empregado.

Verifica-se que é possível firmar acordo escrito estabelecendo a responsabilidade do empregado pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária para concretização do teletrabalho.

Contudo, não poderá o empregador, transferir o custo desse

investimento ao empregado, já que o empregador tem a obrigação de assumir os riscos de seu negócio, art. 2º da CLT.

Além disso, artigo 166 da CLT determina que:

A empresa é obrigada a fornecer aos empregados, gratuitamente, equipamento de proteção individual adequado ao risco e em perfeito estado de conservação e funcionamento, sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes e danos à saúde dos empregados.

Ou seja, impõe-se que o empregado é obrigado a arcar com qualquer despesa necessária a execução do trabalho.

Ademais, os cuidados com a manutenção dos equipamentos, bem como seu manuseio fica sendo responsabilidade do teletrabalhador. No entanto, se porventura ocorrer qualquer hipótese de dano nos equipamentos causado por culpa do empregado é possível a previsão de ressarcimento do prejuízo, neste sentido o artigo 462, parágrafo 1º da CLT é claro ao dispor que:

Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo.

§ 1º - Em caso de dano causado pelo empregado, o desconto será lícito, desde de que esta possibilidade tenha sido acordada ou na ocorrência de dolo do empregado.

Diante o exposto, fica evidenciado que o empregador não poderá requerer que as despesas do trabalho sejam pagas pelo empregado.

Frisa-se que as utilidades vindas com o equipamento e demais despesas necessárias ao teletrabalho, não integram a remuneração do empregado, tendo em vista que tratam-se de utilidades fornecidas

com o intuito de viabilizar a prestação dos serviços

4. O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO EM REGIME DE TELETRABALHO

Quando se é contratado para laborar em regime de teletrabalho, perde-se um pouco do ambiente de trabalho, posto que haverá uma certa exclusão do convívio social, bem como riscos ergonômicos e psicossociais.

Mesmo com toda a flexibilidade para se laborar em regime de teletrabalho, o fato é que esse tipo de modalidade tende a exigir do trabalhador longas horas, sem qualquer pausa, incluindo também os finais de semana.

Além disso, os teletrabalhadores estão sujeitos a laborar em local com pouca luz, visto que costumam trabalhar de madrugada, má temperatura, postura inadequada é um sério risco a afetação da saúde mental, já que estará realizando movimentos repetitivos e monótonos.

Em razão destas situações, a Lei nº 13.467 de 2017 inseriu no artigo 75 – E da CLT que:

O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho.
Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.

É obrigação do empregador instituir meios de segurança para evitar qualquer lesão e prejuízo a saúde do trabalhador, devendo adotar as medidas cabíveis.

Todavia, como o trabalho é gerido fora das dependências do empregador, fica difícil para o mesmo controlar estes fatores de risco, até mesmo por que a residência do empregado é inviolável, o que

dificulta a fiscalização.

Contudo, a proteção e promoção ao equilíbrio do ambiente de trabalho, já é previsto na Constituição Federal em seu artigo 07º, inciso XXII, como sendo um direito social dos trabalhadores “a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”.

Assim sendo, fica demonstrado a necessidade de se promover o direito constitucional do trabalhador, criando um ambiente de trabalho equilibrado, para que o mesmo consiga desenvolver de maneira saudável a execução de seu trabalho.

5. A SAÚDE DO TRABALHADOR EM REGIME DE TELETRABALHO

É importante abordar os riscos a saúde e a segurança que o teletrabalho pode trazer, sendo de maiores incidências a flexibilidade do elástico da jornada de trabalho, sem a devida contraprestação, prejuízos para saúde mental e as condições ergonômicas em que esse trabalho será executado.

Os riscos ergonômicos se caracterizam por meio do trabalho repetitivo e geralmente é executado durante um longo espaço de tempo, por exemplo, um empregado que labora sentado, sem a cadeira adequada, tem grandes chances de desenvolver possível lesão na coluna, ou um trabalhador que trabalha longas horas em frente ao computador, pode desenvolver sérios problemas na visão.

Quanto ao risco psicossociais, destaca-se o isolamento social, já que a falta de contato com outras pessoas pode desencadear doenças como a depressão, neste sentido, Nunes dispõe que: “o isolamento voluntário é um dos primeiros sintomas da depressão e o risco ao qual o trabalhador remoto está sujeito”.

Outro fator de risco psicossocial é o trabalho em excesso de jornada, pois devido a esta flexibilidade, é difícil para o teletrabalhador desconectar-se totalmente do trabalho, ocasião em que poderá ser configurado um dano existencial, já que o empregado não terá estímulo para divertimento pessoal ou exercer qualquer rotina familiar.

Nesse mesmo sentido Daniela Favilla Vaz de Almeida e Lorena de Mello Rezende Colnago (2016, p. 119) afirmam que:

[...] é inerente a todo e qualquer empregado o direito de se desconectar, de se desligar do ambiente de trabalho, a fim de melhor interagir com a família, com amigos, ou mesmo consigo próprio – momentos de estímulo cerebral distintos das tarefas rotineiras do trabalho, o que irá proporcionar maior disposição ao empregado, além do aumento de sua criatividade, melhora do humor, maior concentração no retorno ao trabalho, dentre outros benefícios que serão revertidos em favor do próprio empregador.

Em suma, quando trata-se de assuntos ligados à saúde do trabalhador, mesmo em regime de teletrabalho, é dever do empregador, zelar pela saúde de seu empregado, buscando alternativas por meios de treinamentos, cursos preventivos e afins, para que estas situações ergonômicas e psicossociais sejam evitadas.

CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objetivo central, entender como o teletrabalho é executado, bem como demonstrar como esta nova modalidade de contratação pode impactar na sociedade.

O objetivo do Teletrabalho é flexibilizar a relação entre empregado e empregador, trazendo benefícios para a sociedade, já que e o empregador terá seus custos reduzidos, conseguindo inclusive

gerar mais vagas de emprego, em contrapartida, deverá investir em equipamentos. Para o empregado este terá uma jornada flexibilizada, terá o conforto de escolher o local de trabalho, porém não terá direito a limitação da jornada e terá riscos inerentes a sua saúde.

Por fim, é importante ressaltar que a partir do momento em que o teletrabalho é implantado, o empregador deverá observar suas responsabilidades, sempre visando o equilíbrio laboral para evitar-se qualquer tipo de constrangimento.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Daniela Favilla Vaz de; **COLNAGO**, Lorena de Mello Rezende. O Teletrabalho, o Direito do Ambiente de Trabalho e os Possíveis Meios de Inibição da Prática. **Revista de Direito do Trabalho**, v. 169, ano 42, p. 113-126, São Paulo: Revista dos Tribunais, maio/jun. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19 jan. 2020.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto – nLei nº 5.442, de 01.mai.1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 19 jan. 2020.

CORREIA. Henrique **Direito do Trabalho**. 3. Ed.São Paulo: Jus Podivm, 2018. p. 805-810.

DELGADO. Mauricio Godinho; **DELGADO**. Gabriela Neves A Reforma Trabalhista no Brasil com os comentários da Lei nº 13.467/2017 1.ed São Paulo: Ltr, 2017,

JUNIOR, Antonio Umberto de Souza; **SOUZA**, Fabiano Coelho de, **MARANHÃO** Ney, **NETO**, Platon Teixeira de Azevedo. **Reforma trabalhista**: análise comparativa da lei nº 13.467/2017. 1. ed. São Paulo: LTr, 2017.

NUNES, Talita Camila Gonçalves. **A precarização no teletrabalho**: escravidão tecnológica e impactos na saúde física do trabalhador. Belo Horizonte: RTM, 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Duração do trabalho no mundo**: tendências de jornadas de trabalho, legislação e políticas numa perspectiva global comparada. Brasília: OIT, 2009. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/--ilo-brasilia/documents/publication/wcms_229714.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2020.

THIBAUT ARANDA, Javier. El teletrabalho – análisis jurídico – laboral. Consejo económico y social, Madri: 2001, p.19.

ALGORITMIZAÇÃO DO TRABALHO: REFLEXÕES NUCLEARES⁴⁶⁶

LABOUR ALGORITHMIZATION: ESSECNIAL ANALYSIS

Helena Emerick Abaurre⁴⁶⁷

Cláudio Jannotti da Rocha⁴⁶⁸

Ricardo José Macedo de Britto Pereira⁴⁶⁹

⁴⁶⁶Este artigo é apresentado enquanto resultado de debates promovidos no âmbito do Grupo de Pesquisa Trabalho, Seguridade Social e Processo: diálogos e críticas (UFES-CNPq) devidamente registrado no Diretório dos Grupos de Pesquisa do CNPq, sendo que os co-autores são Pesquisadores e Líder, respectivamente.

⁴⁶⁷Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Pesquisadora dos Grupos de Pesquisa Trabalho, Seguridade Social e Processo: diálogos e críticas (UFES-CNPq) e Labirinto da Codificação do Direito Processual Civil Internacional (UFES-CNPq). Integrante do Programa de Iniciação Científica da UFES. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7427-9855>.

⁴⁶⁸ Professor Adjunto do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pós-Doutorando em Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Doutor e Mestre em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Coordenador do Grupo de Pesquisa Trabalho, Seguridade Social e Processo: diálogos e críticas (UFES-CNPq). Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2379-2488>

⁴⁶⁹Professor titular e coordenador acadêmico do Mestrado das Relações Sociais e Trabalhistas do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF. Estágio pós doutoral Universidade de Cornell (EUA). Doutor pela Universidade Complutense de Madrid. Master of Law pela Universidade de Syracuse (EUA). Mestre pela Universidade de Brasília. Colíder do Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania- UNB. Subprocurador-geral do trabalho aposentado. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4510-8894>.

RESUMO

O algoritmo é o átomo de todo processo computacional, por isso, a algoritmização é o conjunto metódico de cálculos, uma verdadeiro passo a passo. Se desde 2010 o utilizamos para definir se “estamos com sorte” em uma pesquisa no *Google*, hoje, no bojo da 4ª Revolução e da *gig economy*, é o algoritmo que decide quem, quando, como e por quanto vai trabalhar. Nas relações de emprego tradicionais, a tecnologia do *machine-learning* permite que algoritmos assumam funções de gerenciamento de recursos humanos desde o momento da análise de perfis de candidatos e posterior contratação, sendo aplicados para monitorar os trabalhadores durante todo o curso do contrato de trabalho e também na ocasião da rescisão, um método empregado por cálculos para direcionar quem, quando e como irá trabalhar. Nas modalidades de trabalho disruptivas, por outro lado, viabilizadas pelas plataformas digitais, o trabalhador é dependente e subordinado às ordens algorítmicas, porquanto são as métricas da tecnologia que ditam a atividade dos obreiros junto ao ciberespaço, não lhes sendo permitido sequer fazer uma curva, uma entrega ou um post não programado algorítmicamente. Os sistemas de *profiling*, de recomendação de conteúdo e de *reviews* são dinamizados pela Inteligência Artificial e pelo *Big Data*, criando um ciberespaço de trabalho comandado por um chefe algoritmo. Neste contexto, elenca-se como problemática central: como ocorre a algoritmização do trabalho? Por meio de quais vias é possível tutelar esse processo? Para responder às indagações, utiliza-se a metodologia qualitativa, sob a perspectiva dedutiva, consubstanciada na pesquisa bibliográfica (nacional e principalmente internacional) e documental. A hipótese a ser testada é a de que a algoritmização do trabalho ocorre junto da virtualização individual e social, fomentada pela plataformação laboral.

Palavras-chave: Quarta Revolução Industrial. Direito do Trabalho. Cyberização. Algoritmos. Plataformas digitais.

ABSTRACT

The algorithm is the atom of every computational process. If since 2010 we have used it to define whether we are “feeling lucky” in a Google search, today, amid the 4th Revolution and the gig economy, it is the algorithm that decides who will work, when, how and for how much. In traditional employment relationships, machine-learning technology allows algorithms to assume human resource management functions from the moment of analyzing candidate profiles and subsequent hiring, being applied to monitor workers during the employment contract and also at the time of termination. In disruptive work modalities, on the other hand, enhanced by digital platforms, the worker is dependent on and subordinate to algorithmic orders, as it is the metrics of technology that dictate the activity of workers in the cyberspace: they are not even allowed to make a curve, a delivery or a post not programmed by the algorithm. Profiling, content recommendation and review systems are powered by Artificial Intelligence and Big Data, creating a labour cyberspace led by an algorithmic boss. In this context, it is assigned as a central issue of the research: how does labour is algorithmized? By what means is it possible to protect this process? To answer the questions, qualitative methodology is used, from a deductive perspective, embodied in bibliographic and documentary research. The hypothesis to be tested is that the labour algorithmizing occurs along with the social and individual virtualization, enhanced by the cyberization of labour environment.

Keywords: Fourth Industrial Revolution. Labour Law. Cyberization. Algorithms. Digital platforms.

INTRODUÇÃO

O universo do trabalho influencia e é influenciado pela própria sociedade, e por isso encontra-se em constante transformação. Ele se transforma à medida que o ser humano desenvolve novos projetos,

desejos e necessidades. Uma das transmutações mais claras na esfera do trabalho diz respeito ao impacto das máquinas e das tecnologias no mundo laboral. A Quarta Revolução Industrial ainda está vivendo apenas os seus primeiros anos: alguns empregos já ficam obsoletos devido ao maquinismo, à automatização de processos e à alta utilização da Inteligência Artificial (I.A) e da Internet das Coisas (IoT). Não obstante, concomitantemente, *uberizados*, moderadores de conteúdo, *gamers*, *crowd-workers*, *vloggers*, *podcasters*, *pinners*, *memers*, influenciadores e blogueiros já são algumas das categorias que têm o ciberespaço como seu verdadeiro meio-ambiente de trabalho. Onde a Internet das Coisas (IoT) proporciona a fusão do *software* e do *hardware*, os motores, o carvão e os uniformes típicos da produção fordista e taylorista dão lugar a elementos disruptivos como algoritmos, *likes*, e recursos de aprendizado de máquina. Neste cenário percebe-se facilmente a transmutação socioambiental laboral. Presencia-se presenciar o surgimento de um (não tão admirável) novo mundo, dentro de um velho mundo.

A disrupção irá transformar múltiplos aspectos do mercado de trabalho de tal forma que, “a longo prazo, nenhum setor da economia ficará fora do alcance dos algoritmos” (PRASSL, 2019), prevendo-se a completa adesão às tecnologias da Indústria 4.0 - notadamente, *Big Data*, *Data Analytics*, Computação em Nuvem, criptomoedas, Inteligência Artificial (I.A) e Internet das Coisas (*IoT*). Neste contexto, são assinaladas como questões epicentrais para a presente pesquisa: como ocorre a algoritmização do trabalho? Por meio de quais vias é possível tutelar esse processo disruptivo? Para responder às indagações, aplica-se a metodologia qualitativa, a partir da perspectiva dedutiva, consubstanciada na pesquisa bibliográfica e documental. A hipótese a ser testada é a de que a algoritmização do trabalho ocorre junto da virtualização individual e social, fomentada

pela cyberização que desencadeia a plataformização laboral. Alcança-se, assim, a percepção de que a tutela da alta implementação de algoritmos no meio ambiente laboral exige o fortalecimento dos alicerces teóricos do Direito do Trabalho, uma resgate as suas origens para que sejam asseguradas as garantias dos trabalhadores junto ao cyberspaço.

1 ALGORITMOS E A CYBERIZAÇÃO DO TRABALHO NA 4ª REVOLUÇÃO INDUSTRIAL

No contexto da 4ª Revolução Industrial, e, especificamente da *gig economy*, algoritmos podem ser implementados na dinâmica laboral da pré-contratação, perdurando todo o período contratual até após a rescisão contratual, e mais ainda nas novas modalidades de trabalho em que o vínculo de emprego ainda não é reconhecido, embora factualmente caracterizado, como ocorre com os trabalhadores em plataformas digitais, sejam elas estruturadas para o *crowdwork*, ou para o trabalho *on-demand*, popularmente conhecido como uberização.

O impacto dos algoritmos na organização do meio ambiente laboral têm recebido atenção especial de organismos internacionais como a Organização Internacional do Trabalho, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico e a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento e a Comissão da União Europeia.⁴⁷⁰ Em todos os relatórios publicados pelos referidos

⁴⁷⁰ Em maior detalhe: *Report of the HLEG on the Impact of the Digital Transformation on EU Labour Markets*; *Digital Economy Report 2019 - Value Creation and Capture: Implications for Developing Countries*; *Broadband Policies for Latin America and the Caribbean: A Digital Economy Toolkit*; e *Digital labour platforms and the future of work: Towards decent work in the online world* International Labour Office.

órgãos são reconhecidas as mudanças proporcionadas pela tecnologia na economia global como um todo.

Os algoritmos podem comandar processos seletivos de recrutamento e também facilitar as operações de gerenciamento de desempenho e de controle antes, durante e após a jornada de trabalho: indo desde o rastreamento de localização do trabalhador, permeando as avaliações de usuários e a criação de perfis. Além disso, os chefes da *gig economy* são capazes de conectar empresas, trabalhadores e consumidores em plataformas, aplicativos e sites, seja para atuar puramente online no trabalho digital, em atividades ao vivo off-line, ou em regimes híbridos e ainda localizar a ida e a volta para o trabalho, fazendo com que este trajeto seja objeto de labor, otimizando ainda mais a exploração do trabalhador e o lucro da plataforma e das empresas.

Em relação às práticas de recrutamento, as *Big Techs* têm desenvolvido softwares que automatizam a análise de currículos, classificando candidatos, fazendo ofertas e determinando níveis salariais. É igualmente preocupante, em particular, a implementação de programas que promovem algoritmos a assumirem o poder do empregador de monitorar os funcionários, sancionando-os e inclusive encerrando a relação de trabalho. Como o estudioso Jeremias Prassl descreve em seu artigo “*What if your boss is an Algorithm?*” automatizar as decisões do empregador por meio de artifícios codificados é um ponto de virada revolucionário para o gerenciamento de recursos humanos baseado em dados. E assim, pessoas, sentimentos, vão tornando-se números, janelas e plataformas. Pode-se denominar tal situação de gamificação humana, no estilo do jogo *Mario Bros*, com diversas fases, desafios e missões a serem cumpridas; assim é a vida de um trabalhador sob algoritmos.

A ascensão da análise algorítmica da rotina laboral é perfeitamente ilustrada na dinâmica típica da *gig economy*: a dos trabalhadores de plataformas que dependem de recomendação, revisão, reputação e mecanismos de classificação para gerenciar e avaliar sua força de trabalho. Se antes a classe empresarial durante o taylorismo e fordismo alegava que um dos pontos falhos destes sistemas foram os altos custos de medir individualmente o desempenho dos empregados, hoje, na Indústria 4.0, ela se vale de custos marginais mínimos para monitorar os seus funcionários, “colaboradores”, e usuários, exercendo o poder diretivo algorítmicamente e de inúmeras maneiras que beiram à invisibilidade e assim criam um exército de excluídos sociais. O chefe algorítmico é um *Panoptes* contemporâneo, uma figura mitológica que vê a todos e a tudo, mas nunca é vista⁴⁷¹.

Os trabalhadores da *gig economy* vivem momento semelhante àquele vivido pelos operários das indústrias do Século XIX, em que a mudança na organização do trabalho da casa para a fábrica se opera em razão da necessidade do uso de uma tecnologia da qual os obreiros não eram titulares. Sabe-se que foi desse êxodo que surgiram as primeiras reivindicações trabalhistas, pois os empregadores da indústria - os proprietários da tecnologia indispensável para o trabalho - estavam em uma condição privilegiada que lhes permitia abusos sobre os trabalhadores. Na 4ª Revolução Industrial, a reorganização do trabalho em plataformas otimiza ainda mais do trabalhador recorrer a um instrumento de trabalho alheio - antes o maquinário fabril, agora,

⁴⁷¹ Jeremias Prassl demonstra que, quando confrontada com alegações de demissões por retaliação em resposta à atividade sindical combinada em um de seus depósitos, a *Amazon* revelou o uso extensivo de gerenciamento algorítmico: o contrato do reclamante foi rescindido por falta de produtividade, conforme determinado por um algoritmo neutro. A gestão de armazém local, afirmou a defesa da empresa, não tinha entrada, controle ou compreensão dos detalhes do sistema implantado.

as redes sociais virtuais, plataformas de diversas naturezas e os seus respectivos algoritmos - que lhes permite produzir, ainda que de maneira subordinada e dependente aos ditames dos detentores da inteligência operacional algorítmica.

Trata-se de uma relação de ultra dependência porque além de inverter a alteridade, que é exclusivamente do empresário; o subsídio dos trabalhadores advém exclusivamente de como sua relevância na *World Wide Web* é medida pelos algoritmos das redes, ou seja, os números de avaliações, recomendações, prêmios alcançados, entregas realizadas e seguidores obtidos, entre outros fatores disruptivos. É o algoritmo que define se um *uberizado* realizará entregas de lanches às 11h da manhã ou às 03h da madrugada e se um motorista será designado com rotas mais seguras e rentáveis, ou se deverá passar horas em engarrafamentos em horários de pico, horários de tarifas dinâmica. Também é o algoritmo que irá permitir que o serviço (*gig*) que o trabalhador oferece junto às multidões (*crowdwork*) em plataformas seja visível para possíveis interessados, e também se as postagens de criadores de conteúdo digital serão expostas nas linhas dos *feeds* e de *stories* dos usuários de redes sociais virtuais. O controle torna-se ainda maior e os riscos são transferidos para as costas do trabalhador bem aos estilo do isopor que carrega diuturnamente.

Observa-se que a implantação de algoritmos na dinâmica do trabalho é um problema em si, porquanto ganha ainda mais força e musculatura quando integrada com a Internet das Coisas, promovendo o modelo disruptivo de conexão entre trabalhador plataforma e usuário/cliente estruturantes do *crowdwork* e do *on-demand*⁴⁷². De

⁴⁷² Na *gig economy* rompe-se com a lógica dos modelos comerciais B2B (*business to business*), B2C (*business to consumer*), C2C (*consumer to consumer*) para se proporcionar a constante interação entre o cliente, o trabalhador, a plataforma e

acordo com estudo desenvolvido pela Comissão da União Europeia, vive-se, desde 2010, a consolidação da Economia da Inteligência Artificial e da Indústria 4.0, que têm como característica a interação entre a Internet das Coisas (IoT), o Big Data Analytics, a computação ubíqua, e que alcançará até 2050 a criação de um Ecossistema de Inteligência Artificial (COMISSÃO DA UNIÃO EUROPEIA, 2019).

A partir da percepção da dependência em geral das operações algorítmicas afirma-se que, nesta nova ordem econômica, a mão invisível do mercado idealizada por Adam Smith passe a ser digital, algorítmica, e direcionada pelos oligopólios do Vale do Silício (UNCTAD, 2019). Entretanto, como preceitua a Declaração de Filadélfia, o trabalho não é uma mercadoria: sob às lentes do Direito do Trabalho, a questão se torna realmente problemática e necessária de ação corretiva quando a opacidade dos *inputs* e a dos processos automatizados por algoritmos levam à *outputs* danosos, embutindo vieses antiéticos no ciberespaço de trabalho junto às plataformas.

É neste bojo que emergem os oligopólios, formados por empresas transnacionais que se organizam em redes e através de capital especulativo, operacionalizadas pelo trino de peças da internet, da globalização e da cyberização, bem ao estilo *LEGO*, montando-se um império de *bits* e *bytes* que vão se encaixando de acordo com os interesses mercadológicos.

2 OPACIDADE E DEPENDÊNCIA ALGORÍTMICA

A falta de transparência das operações algorítmicas adiciona outra camada de dificuldade à problemática: a única coisa que chega

empresa, tudo se conectando por meio de algoritmos que analisam padrões de interesse.

aos olhos dos usuários e dos trabalhadores são os *outputs* dos algoritmos. É totalmente desconhecido como um algoritmo específico foi projetado, quem o programou, quais dados ajudaram a construí-lo ou por meio de quais passos ele funciona. Essas condições de opacidade são bem ilustradas pelas metáforas do Anel de Giges e da Alegoria da Caverna idealizadas por Platão. As *Big Techs* contam com a inteligibilidade do funcionamento algorítmico, não se responsabilizando pelos danos dos processos automatizados, como se vestissem uma capa de invisibilidade e de isenção por seus feitos. Ao mesmo tempo, os usuários e trabalhadores das plataformas são limitados a olhar as sombras produzidas pelos resultados algorítmicos, incapazes de compreender totalmente como os *outputs* foram alcançados e sem poder de reação nenhum, como se acorrentados estivessem (PASQUALE, 2015).

São inúmeros os exemplos de episódios em que os algoritmos produziram resultados antiéticos e que os trabalhadores prejudicados pelas decisões automatizadas nada puderam fazer a respeito, são alguns deles: ferramenta de I.A sexista da Amazon; *shadowbanning* de influenciadores negros nas redes sociais virtuais; desmonetização arbitrária de vídeos no YouTube; discriminação a afro-americanos em processos seletivos automatizados; desligamentos automáticos de motoristas de aplicativos, disparidade remuneratória de gênero entre *crowdworkers*, entre outros (ABAURRE; JANNOTTI; PORTO, no prelo).

Ignorar o potencial danoso dos algoritmos à dinâmica laboral é banalizar o mal, nos moldes idealizados por Hannah Arendt: o dano provocado pelos resultados algorítmicos enviesados pode deteriorar o cyberspaço de trabalho inteiro, precisamente porque se espalha como um fungo na superfície das plataformas digitais e nos sistemas de I.A de gestão de empregados. Apesar dos recursos (ainda) serem

desprovidos de consciência, e não fazerem mais do que cumprir as ordens das quais foram encarregados pelo programador, a banalidade do mal se concentra justamente na ausência de pensamento daquele que o pratica.

Em poucas palavras, o uberismo é um modelo de produção caracterizado pela relação binária da uberização e dos algoritmos, alterando toda a forma de controle dos empregados, otimizando ainda mais a intensidade laboral e transferindo os riscos do negócio jurídico para o trabalhador. Agora, o obreiro necessariamente deve compreender o funcionamento das plataformas digitais, em seus algoritmos, taxas de engajamento, alcance, tarifas dinâmicas, sistemas de recomendação, de seleção e de monetização para serem contratáveis, empregáveis e visíveis nas telas da *gig economy*.

3 LANÇANDO A LUZ DO DIREITO SOB A OPACIDADE DA ALGORITMIZAÇÃO DO TRABALHO

Uma vez demonstrado como se dá a algoritmização do trabalho na 4ª Revolução Industrial, passamos à questão: por meio de quais vias é possível tutelar esse processo disruptivo? Ao mesmo tempo que o algoritmo relembra a ideia do *Panoptes* que inspirou as obras de Foucault, também podemos comparar o seu funcionamento dinamizado pelo *machine learning* à criatura mitológica hebraica do Golem. Trata-se de um ser místico artificialmente criado pelo ser humano com o objetivo de servi-lo, mas cuja força e poder crescem a cada dia, de tal feita que ele segue as ordens do seu criador (programador), mas, sendo inconsciente de sua própria força, se não for bem comandado, é capaz de destruir o próprio senhor.

Devemos nos lembrar, neste contexto, que a tecnologia surge e se desenvolve para auxiliar o homem, não para subordiná-lo, ou

prejudicá-lo. O que era para ser dominado não pode ser tornar-se o dominador. Não se trata de elemento estático, mas de dinamicidade constante que exige aos atores sociais ação atenta em prol dos direitos dos trabalhadores frente às variáveis tecnológicas, sob pena de subtrair o direito ao seu próprio tempo, tornando-se anacrônico, incapaz de enquadrar os interesses da pessoa humana com a velocidade característica do aprendizado de máquina (DONEDA, 2019, p.54).

A academia internacional reúne soluções possíveis no campo da Ciência da Computação⁴⁷³ para controlar o comprovado potencial danoso de algoritmos e não o tornar um irrefreável *Golem* alimentado pelo *Big Data*. No entanto, analisando a problemática sob a perspectiva da algoritmização do labor, isto é, sob as lentes do Direito do Trabalho, fica claro que lançar a luz da lei sob a opacidade algorítmica exige esforços conjuntos de coletivos de trabalhadores, do empresariado e do judiciário brasileiro para que o trabalho na *gig economy* seja exercido num ciberespaço equilibrado, justo, seguro e não excludente, vejamos.

Ora, por mais que o algoritmo seja eficaz devido à tecnologia do aprendizado de máquina, o recurso continua sendo uma inconsciente criação do gênio humano cuja operação deve ser cuidadosamente por ele monitorada. Neste contexto, ressalta-se o dever do empresariado de incluir em seus programas de integridade estruturas de *compliance* que necessariamente garantam a conformidade das decisões automatizadas com o ordenamento

⁴⁷³São elas, por exemplo, a inserção de dados de treinamento mais representativos; a codificação inclusiva, proporcionando igualdade de oportunidades by design; e a formação de equipes de Tecnologia da Informação mais diversas e representativas capazes de identificar vieses algorítmicos, com vistas a fazer com que a tecnologia opere de maneira não excludente.

jurídico, aglutinando a Constituição Federal, a Consolidação das Leis do Trabalho as normas específicas infraconstitucionais, mas também em observância à Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e os e os Tratados e Convenções internacionais, notadamente os da Organização Internacional do Trabalho ratificados pelo Brasil.

Apesar do dispositivo da LGPD que previa a revisão humana de decisões automatizadas mediadas por algoritmos ter sido objeto de veto presidencial em 2019, a LGPD é norteada pela aplicação dos princípios assinalados no art. 6º. Assim, em observância sobretudo aos princípios da transparência, da prevenção e da não discriminação, as empresas devem organizar os seus programas de integridade para prevenir que as decisões automatizadas não produzam resultados antiéticos, bem como de oferecer estruturas transparentes que permitam ao trabalhador que se sentir prejudicado por uma decisão tomada de forma exclusivamente automatizada compreender como se deu o tratamento de seus dados pessoais. As empresas devem de antemão garantir que a automatização de processos internos, sejam eles de contratação, monitoramento ou rescisão, estejam em conformidade, não estando excluídos desta obrigação, por óbvio, as empresas detentoras de plataformas digitais que possibilitam a subsistência de 4 milhões de trabalhadores no Brasil (EXAME, 2020).

Neste caminhar, em um segundo momento, sendo falha a prevenção pela via do *compliance*, o Ministério Público do Trabalho, a Justiça do Trabalho e a advocacia trabalhista não devem ser hesitantes em se utilizar também - como viabiliza o art. 8º da CLT - do direito comparado⁴⁷⁴, da jurisprudência internacional, e sobretudo

⁴⁷⁴No direito estrangeiro já existem discussões sobre o termo “responsabilidade algorítmica”. Os congressistas dos Estados Unidos da América analisam o projeto de lei “*Algorithmic Accountability Act*” pelo qual as organizações do setor privado passarão a precisar de avaliar se os algoritmos que alimentam os sistemas de IA são

das normas internacionais normas internacionais de direitos humanos, estando a apreciação dos efeitos das rotinas algorítmicas automatizadas sujeita ao devido controle de convencionalidade⁴⁷⁵, afinal a matriz epicentral do Direito do Trabalho sempre foi, é e sempre será o princípio tuitivo.

CONCLUSÃO

A algoritimização do trabalho é fomentada pela cyberização do meio ambiente laboral fomentada no bojo da 4ª Revolução Industrial. Seja nas relações de emprego tradicionais ou nas novas modalidades de trabalho que surgem no contexto da *gig economy* e da Economia da Inteligência Artificial, os algoritmos se mostram onipresentes, e oniscientes. Cabe, portanto, aos aplicadores do Direito do Trabalho saibam interpretar os instrumentos normativos para que assim sejam eficazes no mundo do trabalho contemporâneo.

Torna-se imprescindível que os intérpretes do Direito do Trabalho não permitam que a algoritimização laboral conduza a classe

tendenciosos ou discriminatórios. Similarmente, em abril deste ano a União Europeia editou diretrizes para o uso ético dos recursos de aprendizado de máquina, estabelecendo medidas que responsabilizam empresas por eventuais consequências sociais da utilização de IA.

⁴⁷⁵Destacam-se enquanto tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil que vedam a discriminação a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (Artigo 2º); o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 (Artigo 26); o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (arts. 2º e 7º); a Declaração Referente aos Fins e Objetivos da Organização Internacional do Trabalho (Declaração de Filadélfia), anexada à Constituição da OIT; a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998; a Convenção n. 111 da OIT que trata da Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação; a Declaração Americana sobre os Direitos e Deveres do Homem de 1948 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 e o Protocolo de San Salvador, da OEA.

trabalhadora para o submundo, devendo as normas trabalhistas fomentar a igualdade de oportunidades, garantindo a todos um mercado de trabalho plural, antirracista e combativo a toda e qualquer forma de discriminação.

REFERÊNCIAS

ABAURRE, Helena Emerick; DA ROCHA, Cláudio Jannotti; PORTO, Lorena Vasconcelos. **Discriminação racial algorítmica no trabalho digital**. No prelo.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 ago. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 16. Ago. 2020.

DE STEFANO, Valerio. *Negotiating the Algorithm: Automation, Artificial Intelligence and Labour Protection*. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_empemp_policy/documents/publication/wcms_634157.pdf> Acesso em: 16. Ago. 2020.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

EXAME. **Apps como Uber e iFood se tornam “maior empregador” do Brasil**. Disponível em: <<https://exame.com/economia/apps-como-uber-e-ifood-sao-fonte-de-renda-de-quase-4-milhoes-de-pessoas>> Acesso em: 16. Ago. 2020.

EUROPEAN COMMISSION. *Final report of the High-Level Expert Group on the Impact of the Digital Transformation on EU Labour*

Markets. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/final-report-high-level-expert-group-impact-digital-transformation-eu-labour-markets>>
Acesso: 16. Ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Digital labour platforms and the future of work: Towards decent work in the online world.* Disponível em: <https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_645337/lang--en/index.htm> Acesso: 16. Ago. 2020.

PASQUALE, Frank. *The black box society: the secret algorithms that control money and information.* Harvard University Press, Cambridge, 2015.

PRASSL, Jeremias. *What if your boss was an algorithm? Economic Incentives, Legal Challenges, and the Rise of Artificial Intelligence at Work.* Disponível em: <<https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:674dbed4-317d-47a9-b10a-688892aeaf34/>> Acesso: 16. Ago. 2020.

SCHWAB, Klaus. *The Fourth Industrial Revolution.* Geneva: World Economic Forum, 2016.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Digital Economy Report 2019 - Value Creation and Capture: Implications for Developing Countries.* Disponível em: <<https://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=2466>> Acesso: 16. Ago. 2020.

OS LIMITES DO PODER FISCALIZADOR NO MONITORAMENTO EM TELETRABALHO

THE SUPERVISORY POWER LIMITS IN TELEWORK MONITORING

*Hugo Zanon Soares*⁴⁷⁶

*Cláudio Jannotti da Rocha*⁴⁷⁷

RESUMO

O teletrabalho é uma modalidade de trabalho remoto não tão recente quanto parece. Apesar disso, poucas são as disposições legais sobre o assunto e sua aplicação acaba dependente de interpretação sistêmica. Não há disposição expressa sobre a responsabilidade no custeio do equipamento ou da infraestrutura telemática, bem como não há previsão sobre os limites do poder fiscalizador no teletrabalho. Vislumbram-se três possibilidades de fiscalização, a depender de quem é proprietário da tecnologia: quando o trabalhador for proprietário, isoladamente ou em condomínio, não há de se falar em monitoramento do patrimônio; se fornecido pelo empregador, o monitoramento deve se ater estritamente ao seu interesse objetivo.

Palavras-chave: teletrabalho; ferramentas de trabalho; monitoramento; poder fiscalizatório; privacidade.

⁴⁷⁶ Aluno especial do Mestrado em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. E-mail: zanonsoares@hotmail.com.

⁴⁷⁷ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas, Professor da Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. Orientador. E-mail: claudiojannotti@hotmail.com.

ABSTRACT

The telework is a remote work genre that is not as recent as it looks. Besides that, there is not many rules about the subject and your application depends of the systematic interpretation. Just like there is not a clear rule about the responsibility with the telematics equipment or infrastructure costs, there is not a clear rule about the supervisory power in telework. Three hypothesis can be seen about it, depending on who owns the equipment. If the worker owns it to some extent, there is no way to accept the patrimony monitoring. If the employer provides the equipment, still, the monitoring must abide by his objective interest.

Keywords: telework; work tools; monitoring; supervisory power; privacy.

INTRODUÇÃO

A tecnologia orienta os rumos do trabalho e os mais diversos campos da vida social. O surgimento da telemática introduziu ao mundo o teletrabalho, modalidade de trabalho remoto com o uso da tecnologia. E com ele, conseqüentemente, novas perspectivas, discussões e questionamentos.

Enquanto a discussão sobre o monitoramento do trabalho não é exatamente nova, é cada vez mais presente no ramo da informática e se mostra pertinente sua abordagem no contexto do teletrabalho, especialmente se pensado o *home office*, o teletrabalho realizado no domicílio do trabalhador. Por isso, é pertinente abordar as possibilidades de fiscalização do trabalho, suas ferramentas e seus limites, em consideração ao direito constitucional à privacidade.

A pesquisa terá por base, especialmente, artigos científicos e entendimentos do Tribunal Superior do Trabalho, com menos ênfase

em citar textualmente o corpo de artigos de lei, confiante no fácil acesso aos mesmos.

1 O TELETRABALHO EM VOGA: UMA VELHA NOVIDADE

A regulação específica do teletrabalho no ordenamento jurídico brasileiro fora introduzida por meio da Lei nº 13.467/17 na Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, em seus artigos 62, inciso III, e 75-A à 75-E. Apesar da previsão recente, não é, de fato, novidade.

A CLT já dispunha no sentido de equiparar o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o no domicílio do empregado, desde que caracterizada a relação empregatícia. Ao tempo, se visava o trabalho em domicílio e não era incomum nas décadas de 1960 e 1970 a prática do trabalho em casa para a produção de vestuário, têxteis, calçados, embalagem e montagem de materiais elétricos (ROCHA; AMADOR, 2018).

O teletrabalho como se concebe atualmente, com o uso de tecnologias de informação e comunicação – TIC, se deu na década de 1970, por conta de três fatores: a crise energética decorrente do embargo petrolífero de 1973; a redução do preço e consequente popularização das TIC, especialmente do microcomputador; e o surgimento da telemática, termo criado em 1978 para designar a informatização da sociedade.

A Organização Internacional do Trabalho – OIT reconhece o teletrabalho⁴⁷⁸ como modalidade laborativa, ainda que aponte a

⁴⁷⁸ Sobre isso, é interessante apontar uma curiosidade conceitual sobre o termo em inglês para o teletrabalho. Nos Estados Unidos da América se adota majoritariamente a expressão *telecommuting*, enquanto na Europa, *telework*. O primeiro enfatiza a troca do local de trabalho do estabelecimento do empregador

ausência de um conceito padrão internacional para defini-lo (ILO, 2020).

No Brasil, atualmente o teletrabalho é equiparado ao trabalho presencial por força do art. 6º da CLT, modificado pela Lei nº 12.551/11, para expressamente dispor isso, embora já fosse possível tal interpretação no texto original. Tanto é verdade que, conforme exposto por Platon Teixeira de Azevedo Neto e Rafael Lara Martins (2020, p. 160), havia aqueles que defendiam a não necessidade de uma legislação específica para o teletrabalho, entretanto, como a legislação vigente garantia ao teletrabalhador os mesmos direitos daqueles que trabalham na sede da empresa, optaram por uma legislação autônoma sobre o assunto.

Se possuem os mesmos direitos, naturalmente possuem os mesmos deveres, eis que a disposição que equipara os trabalhadores não estabelece qualquer tipo de ressalva em sentido contrário.

Essa modalidade laborativa ganhou especial atenção no período de calamidade pública decorrente da COVID-19, inclusive com um capítulo específico na Medida Provisória 927, permitindo excepcionalmente a conversão do trabalho presencial em teletrabalho, com disposições semelhantes às da CLT, porém com prazos de transição mais breves entre as modalidades.

Conforme veiculado pelo Senado Federal, pesquisa do Ipea IBGE/Pnad Contínua (BRASIL, 2020a) aponta que, no primeiro trimestre deste ano, dos 92,2 milhões de postos de trabalho ocupados, 20,8 milhões poderiam ser exercidos na modalidade de teletrabalho, ou seja, 22,5%. Em junho, dos 82,5 milhões de postos ocupados, 8,6 milhões estavam efetivamente em teletrabalho, 10,4%. Como

para o domicílio do empregado, enquanto o segundo foca nas atividades realizadas usando essas tecnologias. A OIT elegeu o segundo para designar tal modalidade laborativa.

declarado pela ministra presidente do TST, Maria Cristina Peduzzi (CNN, 2020), o teletrabalho veio para ficar.

Dentre as disposições atuais sobre o assunto, merece destaque o art. 75-D da CLT, que dispõe sobre a necessidade de estabelecer por escrito a responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento das TIC e da infraestrutura necessária para o exercício do teletrabalho, assim como o reembolso de despesas arcadas pelo empregado.

Não há uma disposição inequívoca determinando o custeio das TIC e da infraestrutura pelo empregador. Entretanto, tem-se reconhecido esse dever em face de ser seu o risco da atividade econômica, como dispõe o art. 2º da CLT. Ganhou destaque, em particular, o caso da ação civil pública movida pelo SINDIPETRO-RJ em face da PETROBRAS com pleito de concessão de tutela de urgência no sentido de determinar que a reclamada disponibilize mobiliário ergonômico apropriado, bem como equipamentos de informática, pacotes de dados e energia elétrica necessária para o exercício das atividades em regime de teletrabalho. A medida fora concedida e, posteriormente, suspensa por decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região.

Ressalta-se que a suspensão da tutela concedida não se deu por discordar com o dever do empregador de custear, mas sim por não vislumbrar necessidade para tanto, no contexto particular da Medida Provisória 927 e por já terem os trabalhadores recebido uma ajuda de custo de até R\$1.000,00 para custeio das despesas e a cessão de equipamentos em comodato, se necessário.

Embora ainda controversa, é clara uma tendência no sentido de se tratar como dever do empregador de arcar, em regra, com o custeio das TIC e da infraestrutura necessária, leitura essa decorrente até mesmo do próprio art. 75-D da CLT, que estabelece a necessidade

de previsão, inclusive, do eventual reembolso ao trabalhador dos valores dispendidos.

2 MONITORAMENTO: EFICIÊNCIA LABORAL OU VIGILÂNCIA DA PRIVACIDADE

O teletrabalho não é uma invenção dos últimos anos e, apesar disso, pouco fora regulado sobre seu funcionamento. Até então funcionando por equiparação ao trabalho no estabelecimento do empregador, é fato que algumas premissas não podem ser exatamente aplicadas dessa forma e, ainda, as disposições sobre o assunto possuem lacunas que dependem de estudos e interpretações sistêmicas. Um exemplo disso é o impasse sobre quem deve custear as TIC ou a infraestrutura, já que o texto legal não estabelece qualquer previsão. E a ausência de previsão sobre isso leva a uma segunda lacuna que não pode simplesmente ser resolvida por equiparação, no caso, o direito do empregador de monitorar não apenas o labor, mas o equipamento e a infraestrutura do teletrabalho.

O ponto de partida da questão é um julgado veiculado no Informativo n. 221 do Tribunal Superior do Trabalho – TST que, dentre outras coisas, assim decidiu:

I. Consoante entendimento consolidado neste Tribunal, o e-mail corporativo ostenta a natureza jurídica de ferramenta de trabalho. Daí porque é permitido ao empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado em e-mail corporativo, isto é, checar as mensagens, tanto do ponto de vista formal (quantidade, horários de expedição, destinatários etc.) quanto sob o ângulo material ou de conteúdo, não se constituindo em prova ilícita a prova assim obtida. II. Não viola os arts. 5º, X e XII, da Constituição Federal, portanto, o acesso e a utilização, pelo empregador, do conteúdo do "e-mail" corporativo. III. Acórdão regional proferido em

consonância ao entendimento desta Corte Superior. IV. Recurso de revista de que não se conhece. (BRASIL, 2020d)

Depreende-se do julgado que, se ostentar natureza jurídica de ferramenta de trabalho, é permitido ao empregador monitorar e rastrear. Decorre do poder diretivo daquele que assume o risco econômico do negócio, nos termos da CLT.

Com base nisso, é inevitável questionar a possibilidade de monitoramento dos trabalhadores em regime de teletrabalho, uma vez que laboram fora do estabelecimento do empregador, mas ainda em seu nome, com os riscos a isso inerentes.

Algumas coisas devem ser lembradas sobre o tema.

A primeira delas, já mencionada, é a equiparação existente entre aquele que trabalha no estabelecimento do empregador e o que trabalha remotamente. É, inclusive, clara a disposição legal no sentido de admitir o comando, controle e supervisão telemática⁴⁷⁹.

Também deve ser citada a possibilidade de responsabilização civil. O art. 932, inciso III, do Código Civil prevê a responsabilização do empregador por atos de seus trabalhadores no exercício do trabalho que lhes couber ou em razão dele.

O art. 62, inciso III, da CLT dispensa o controle de ponto dos teletrabalhadores, mas não exclui a possibilidade de controle e supervisão do trabalho, uma vez que há outras maneiras de realizar essa vigilância.

Considerados tais pontos, é possível conceber três possibilidades distintas de vigilância dos equipamentos e das

⁴⁷⁹ Assim dispõe o parágrafo único do art. 6º da CLT: “Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.” (BRASIL, 1943)

infraestruturas, a dependerem do grau de propriedade: os equipamentos e a infraestrutura serem totalmente do trabalhador; serem aquisições parciais de trabalhador e empregador; ou serem integralmente custeadas pelo empregador.

No primeiro caso, é comum a adoção do *bring your own device*⁴⁸⁰, quando o serviço é prestado usando os equipamentos do próprio trabalhador. Voltando ao caso SINDIPETRO/RJ x PETROBRAS, a suspensão da tutela de urgência fora escorada também no fato de muitos servidores já possuírem as TIC necessárias para o labor em casa, como computadores e aparelhos de telefonia celular.

Nesses casos, não se vislumbra qualquer razoabilidade no monitoramento das TIC ou das infraestruturas, já que tudo é, por definição, de propriedade do trabalhador. Não há de se falar em qualquer mitigação do risco de perda do material ou qualquer tipo de dano. O máximo admissível é o monitoramento dos programas e elementos estritamente corporativos, caso do *e-mail* e de alguma aplicação *online*, interconectada com os servidores do empregador. Admitir o contrário seria uma manifesta invasão de privacidade em bem de propriedade alheia por parte do empregador, já que os dispositivos e a infraestrutura do próprio trabalhador não são classificados como ferramentas de trabalho.

O segundo caso já se revela mais turvo. O custeio parcial dos equipamentos ou da infraestrutura para o exercício do trabalho por parte do empregador confere, em tese, algum grau de propriedade sobre os bens ou serviços. Não é uma situação convencional de se ver

⁴⁸⁰ Em português, “traga seu próprio dispositivo”, adotado especialmente em serviços de tecnologia da informação, uma vez que os dispositivos pessoais são, habitualmente, mais avançados e melhores do que os disponibilizados corporativamente.

no caso das TIC, afinal, não é frequente a ideia de uma ajuda de custo parcial para a compra de um computador ou um telefone. Mas é perfeitamente crível no caso da infraestrutura, no custeio parcial da energia elétrica, de pacote de dados, plano de telefonia, largura de banda, dentre outros.

No estabelecimento do empregador, não é estranha a ideia de monitoramento do uso da internet dos trabalhadores. Se é uma ferramenta para o exercício do trabalho, pode ser monitorada, consoante entendimento sedimentado do TST, o que não pode ser diretamente estendido ao teletrabalho.

Nesse caso, ainda que parcialmente, há custeio pessoal do trabalhador, que detém o direito de usá-lo de maneira privada, atributo natural de quem é proprietário do bem ou serviço. Trata-se, portanto, de ajuda de custo, dever do empregador que não integra salário. É passível de pedido de prestação de contas por parte do empregador⁴⁸¹, mas não pode ser monitorado, ressalvados, assim como no caso anterior, os programas e ferramentas estritamente corporativos.

Mas, e se for custeado pelo empregador? O telefone, o computador, o pacote de dados, o plano de telefonia etc. Os bens não são de propriedade do trabalhador, que é tão somente possuidor ou

⁴⁸¹ A exigência de prestação de contas, inclusive, é um dos elementos adotados pelo TST para reconhecer o caráter indenizatório da referida verba. Exemplo disso é um julgado da Sexta Turma em recurso de revista na reclamação 0288900-27.2008.5.09.0322: “O Regional, com base na análise das normas coletivas, considerou a natureza salarial da ajuda de custo e da cesta básica. Isso porque o pagamento da ajuda de custo era efetuado mensalmente em valor único e invariável, sem necessidade de prestação de contas quanto ao numerário recebido. Assim, tal premissa fática induz a invocar o caráter salarial da parcela, não sendo passível a esta instância recursal realizar um novo exame do substrato fático-probatório elencado nos autos (Súmula 126 do TST).” (BRASIL, 2020c)

detentor⁴⁸² e, como tal, pode, teoricamente, ter seus atributos limitados pelo proprietário.

Porém, não se deve perder de vista a questão da privacidade, direito garantido pelo art. 5º da Constituição Federal e recorrentemente observado em decisões dos tribunais superiores. Um exemplo disso é a ilegalidade de o empregador colocar câmeras em locais de repouso dos trabalhadores⁴⁸³. E, em respeito à escolha do legislador por um sistema de precedentes, deve-se considerar o costume jurídico atual e os fundamentos que o orientam.

Como já exposto, o empregador possui direito de monitorar e acessar as TIC e a infraestrutura, em condições ordinárias. E os direitos fundamentais, embora irrenunciáveis, são passíveis de autolimitações, desde que não esbarrem no núcleo essencial da dignidade da pessoa (BRANCO, 2018, p. 288).

O TST, corte de vértice para a uniformização do entendimento sobre os dispositivos trabalhistas infraconstitucionais, entende que o direito de monitorar não encobre o direito à privacidade, de modo que não é possível monitorar o repouso do trabalhador. A CLT, noutro

⁴⁸² O Código Civil prevê a diferença entre ambos nos arts. 1.196 e 1.198 respectivamente. Possuidor é aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade, enquanto o detentor é aquele que, em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas.

⁴⁸³ Um exemplo recente de tal entendimento do TST fora exposto no acórdão do recurso de revista nº 0021162-51.2015.5.04.0014: “Contudo, o monitoramento dos empregados no ambiente de trabalho por meio de câmera, sem qualquer notícia no acórdão do Tribunal Regional a respeito de excessos pelo empregador, tais como a utilização de câmeras espãs ou a instalação de câmeras em recintos que fossem destinados ao repouso dos funcionários ou que pudessem expor partes íntimas dos empregados, como banheiros ou vestiários, não configura ato ilícito, inserindo-se dentro do poder fiscalizatório do empregador” (BRASIL, 2020e).

eito, reconhece o teletrabalho como modalidade laboral que não exige controle de jornada, nos termos de seu art. 62, inciso III.

A primeira coisa a ser mencionada é que a autolimitação do direito à privacidade deve ocorrer expressamente para ser admissível o monitoramento das atividades laborais, das TIC ou da infraestrutura. É preciso constar no contrato individual de trabalho, nos termos do *caput* do art. 75-C da CLT, e deve observar os limites de razoabilidade e proporcionalidade. Sem isso, não é possível qualquer tipo de monitoramento das TIC ou da infraestrutura.

Reconhecida e admitida a possibilidade de monitoramento e fiscalização do trabalhador, passa-se aos limites fiscalizatórios. Tal poder, como tantos outros no ordenamento jurídico brasileiro, não é absoluto e encontra suas restrições em sua finalidade.

Qual é o interesse do empregador em fiscalizar?

A finalidade deve estar voltada à preservação do patrimônio ou do trabalho em si. Zelar pelos interesses da empresa ou pelo exercício correto do trabalho contratado. Então, novamente, se vislumbram duas possibilidades: trabalho com demarcação horária, caso em que o trabalhador deve estar disponível no horário determinado; e trabalho por demanda, quando o laborista precisa cumprir sua tarefa até uma determinada data, sem real monitoramento de quando ele assim o fará.

No trabalho com demarcação horária, é interessante apontar que, se observado o entendimento do TST sobre o assunto, é possível o pagamento de horas extras se passível de monitoramento por parte do empregador⁴⁸⁴. Considerado o propósito da fiscalização, não faz

⁴⁸⁴ Um excerto de acórdão do TST a título de exemplo: “A jurisprudência do TST, interpretando o disposto no art. 62, I, da CLT, fixou entendimento no sentido de que basta a possibilidade de controlar a jornada do trabalhador externo para que sejam reconhecidas horas extras decorrentes da extensão da jornada, caso dos autos.

sentido o monitoramento das TIC ou da infraestrutura fora do horário de trabalho, se não estiver em hora extra. Qual seria o interesse em vigiar o que acontece fora do horário de trabalho? Essa situação seria passível de flexibilização em situações específicas. Por exemplo, um *notebook* com rastreador e proibição de ser retirado da residência do trabalhador sem autorização, estando todos perfeitamente cientes de tais proibições. Se tal condição é desobedecida, é possível o uso dessa informação para questionar a conduta do trabalhador. Não se vê qualquer óbice a isso, já que o equipamento é do empregador e tal condição estava expressamente prevista. Sem restrição expressa, porém, não se vislumbra tal possibilidade de monitoramento.

Já no trabalho por demanda, não há restrição específica de horário que deve ser observada, mas tão somente uma data-limite para cumprimento ou entrega. Nesse caso, que se crê que seja a modalidade de teletrabalho realmente contemplada na CLT, se observa uma maior liberdade para o laborista cumprir com seu trabalho. E seria, com o devido respeito aos que entendem de forma diversa, contraditória uma fiscalização mais rígida em uma situação mais flexível do que a anteriormente descrita. Se o importante é a entrega na data marcada, por que vigiar o que exatamente ele faz com o equipamento fornecido nesse intervalo? Como na situação anterior, se expressamente prevista a restrição e visar a proteção do equipamento, é razoável o monitoramento. Fora isso, se mostra difícil defender tal perspectiva.

As próprias restrições passíveis de postulação acabam limitadas pelo potencial choque entre o poder fiscalizatório do empregador e o direito à privacidade do trabalhador. Monitorar a posição física do equipamento? Possível. Monitorar o uso de redes

Precedente. Incide o óbice do art. 896, § 7º, da CLT e da Súmula 333 do TST.” (BRASIL, 2020b)

sociais com o equipamento? Apenas se houver expressa disposição sobre o assunto no contrato de trabalho e, ainda assim, sem acesso direto ao conteúdo. Filmagem direta do uso e das informações ali contidas, não. Captação de imagens por meio de acesso remoto usando a câmera do aparelho telemático? Sem aviso prévio, não.

É de substancial importância avaliar no caso concreto a finalidade da fiscalização e a observância da potencial hipossuficiência do trabalhador, que pode ser levado a limitar sua privacidade além do admissível.

Deve ficar constado que a presente discussão inevitavelmente pressupõe que o local de trabalho tenha sido escolhido pelo trabalhador. Caso o local seja apontado pelo empregador, como um ponto alternativo, as regras não se diferem do trabalho no estabelecimento do empregador, já que a lógica de seu funcionamento não mudará.

CONCLUSÃO

O teletrabalho é uma modalidade laborativa de adoção naturalmente crescente, porém teve sua aplicação potencializada pela calamidade pública causada pela COVID-19. Inevitável que, com ela, começasse a discussão sobre o monitoramento das TIC ou mesmo das infraestruturas do trabalho telemático.

Concorda-se com Azevedo Neto e Martins (2020, p. 165) quando afirmam que, antes meramente opcional, o teletrabalho se mostra como uma ótima modalidade de labor para as empresas que consigam continuar com suas atividades à distância, com a devida atenção às responsabilidades pelo custo do trabalho.

Como analisado ao longo do artigo, quando o equipamento ou a infraestrutura são do trabalhador em algum grau, ou seja, quando o

trabalhador possuir características de proprietário, isoladamente ou em condomínio, não há de se falar em monitorar o equipamento, reservada tal possibilidade somente às ferramentas de trabalho em sentido estrito, como o *e-mail* corporativo ou algum programa ou acesso *online* de uso profissional.

Por outro lado, quando o proprietário das TIC ou das infraestruturas é o empregador, este pode exercer seu poder fiscalizatório e, ainda assim, dentro dos limites admitidos pelo trabalhador quando da assinatura do contrato de trabalho. Essas restrições admitidas pelo laborista, ainda, devem estar pautadas estritamente no interesse objetivo do tomador do serviço, por exemplo, na preservação de seu patrimônio físico. Admitir situação diversa é arriscar a ocorrência de uma situação orwelliana em que “[...] Você era obrigado a viver [...] acreditando que todo som que fizesse seria ouvido e, se a escuridão não fosse completa, todo movimento examinado meticulosamente” (ORWELL, 2009, p. 13).

E se nem ao Estado, responsável constitucional pela segurança de todos, é admissível tal possibilidade em regra, também não seria ao empregador.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de; MARTINS, Rafael Lara. A responsabilização econômica de empregadores e empregados no teletrabalho face às disposições da MP n. 927. In: NEMER NETO, Alberto; ROCHA, Cláudio Jannotti da; RIZK FILHO, José Carlos (Coords). **Direito do trabalho e o coronavírus**; v. 1. Porto Alegre: OAB Nacional/LexMagister, 2020. p. 155-166.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 2.2.1. Restrição à privacidade com o consentimento do indivíduo. In: MENDES, Gilmar Ferreira;

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 288-292

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, DF, 9 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 3 ago. 2020.

_____. Senado Federal. Teletrabalho ganha impulso na pandemia, mas regulação é objeto de controvérsia. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2020/07/teletrabalho-ganha-impulso-na-pandemia-mas-regulacao-e-objeto-de-controversia>>, acesso em 24 jul. 2020.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão de agravo de instrumento em recurso de revista que reconheceu a possibilidade de pagamento de horas extras em trabalho externo. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 0000203-22.2014.5.03.0079. Gustavo dos Santos e Nova Safra Transportes LTDA. Relatora: Ministra Maria Helena Mallmann. 03 de junho de 2020. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProcInt=2016&numProcInt=137090&dtaPublicacaoStr=05/06/2020%2007:00:00&nia=7495932>>. Acesso em 16 aug. 2020.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão de decisão que não conheceu o recurso de revista do Reclamante sobre o tema “Ajuda de custo”. Recurso de Revista nº 0288900-27.2008.5.09.0322. Oi S.A., Erley Wilde de Carvalho e Pampapar S.A. – Serviços de telecomunicações e eletricidade LTDA. Relator: Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho. 21 de junho de 2017. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProc>>

Int=2011&numProcInt=181641&dtaPublicacaoStr=04/08/2017%2007:00:00&nia=6943656>. Acesso em 13 aug. 2020.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão de decisão que não conheceu o recurso de revista do Reclamante sobre o tema “Prova ilícita. ‘E-mail’ corporativo. Acesso e utilização do conteúdo das mensagens dos empregados pelo empregador *et al*”. Recurso de Revista nº 0001347-42.2014.5.12.0059. José Henrique Domingues Carneiro e Instituto de Ensino Superior de Palhoça S/S LTDA. Relator: Ministro Alexandre Luiz Ramos. 23 de junho de 2020. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProcInt=2016&numProcInt=95899&dtaPublicacaoStr=26/06/2020%2007:00:00&nia=7505511>>. Acesso em 20 jul. 2020.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão de recurso de revista que não reconheceu a ilegalidade das câmeras de vigilância. Recurso de Revista nº 0021162-51.2015.5.04.0014. Liq Corp S.A. e Ministério Público do Trabalho da 4ª Região. Relator: Ministro Hugo Carlos Scheuermann. 26 de agosto de 2020. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProcInt=2019&numProcInt=26567&dtaPublicacaoStr=28/08/2020%2007:00:00&nia=7523351>>. Acesso em 30 aug. 2020.

CNN. Não é só o emprego que está em crise, e sim o trabalho, diz presidente do TST. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/business/2020/06/30/nao-e-so-o-emprego-que-esta-em-crise-e-sim-o-trabalho-diz-presidente-do-tst>>, acesso em 28 ago. 2020.

ILO. Defining and Measuring remote work, telework, work at home and home-based work. Disponível em: <<https://www.ilo.org/global/statistics-and->

databases/publications/WCMS_747075/lang--en/index.htm>, acesso em 01 ago. 2020.

ORWELL, George. **1984**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

ROCHA, Cháris Telles Martins da; AMADOR, Fernanda Spanier. O teletrabalho: conceituação e questões para análise. **Cadernos EBRAPE.BR**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 1, p. 152-162, 2018. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-39512018000100152&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 25 aug. 2020.

PRECARIZAÇÃO SOB DEMANDA: UMA ANÁLISE SOBRE A SITUAÇÃO DOS TRABALHADORES DE APLICATIVOS

PRECARISATION ON DEMAND: AN ANALYSIS ABOUT THE APP WORKERS SITUATION

*Andréia Chiquini Bugalho*⁴⁸⁵

*Jair Aparecido Cardoso*⁴⁸⁶

*Daniel Lopes Casado*⁴⁸⁷

RESUMO

Este artigo visa analisar a situação dos trabalhadores que prestam serviços através da intermediação de plataformas eletrônicas, que alegadamente se submetem às regras e remuneração impostas pelas companhias que administram tais aplicativos, mas não recebem qualquer garantia trabalhista, contrariando dispositivos constitucionais e legais. Para tanto, foi elaborado um estudo de caso descritivo, envolvendo a coleta de dados através de matérias jornalísticas, doutrina jurídica, jurisprudência e legislação

⁴⁸⁵ Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP, onde é professora de Direito Agrário, Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, da Universidade de São Paulo-FDRP/USP, Membro do grupo de pesquisa Gedtrab da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – FDRP/USP.

⁴⁸⁶ Professor de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, da Universidade de São Paulo-FDRP/USP; Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP; Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP; Líder do grupo de pesquisa Gedtrab da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – FDRP/USP.

⁴⁸⁷ Graduando em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE) de Bauru. correiodolopito@uni9.edu.br.

relacionada, permitindo uma análise das relações entre as variáveis e as conclusões dela decorrentes, que apontam para uma regulamentação do segmento através da legislação atual.

Palavras-chave: Trabalho. Precarização. Uberização. Garantias Trabalhistas.

ABSTRACT

This article aims to analyze the situation of workers who provide services through the intermediation of electronic platforms, who allegedly submit to the rules and rewards imposed by the companies who administer these applicatives but do not obtain any labor guarantee, contrary to constitutional and legal provisions. To this end, a descriptive case study was prepared, involving data collection through journalistic articles, legal doctrine, jurisprudence and related legislation, allowing an analysis of the relationships between the variables and the conclusions originated from it, which points to a regulation of the segment through the current legislation.

Keywords: Work. Precarisation. Uberisation. Labor Guarantees.

INTRODUÇÃO

A pandemia de Covid-19 acelerou algumas tendências do mercado de trabalho, como é o caso das empresas que, devido às regras de isolamento social, foram obrigadas a adotar o *home office* e descobriram o quão vantajoso pode ser manter uma estrutura mais enxuta e seus funcionários mais confortáveis e motivados:

Pesquisa da Robert Half, empresa global de consultoria de recursos humanos, revela que 86% dos profissionais entrevistados querem trabalhar de casa mais vezes após o fim da quarentena. Ainda segundo o estudo, que ouviu mais de 800 pessoas, 67% perceberam que é possível executar as tarefas remotamente; 49% consideram que o equilíbrio entre vida profissional e

pessoal melhorou sem o deslocamento para o trabalho; e 25% estão mais confortáveis com as tecnologias. (MARTINS, 2020)

Entretanto, o isolamento social decorrente do novo coronavírus não incentivou apenas as boas práticas. Também expôs a precarização cada vez mais presente no cotidiano de trabalhadores que realizam os seus trabalhos por meio de aplicativos, especialmente *motoboys* e *bikeboys*. Afinal, a entrega de mercadorias ganhou o *status* de serviço essencial neste tempo de pandemia, e estes profissionais passaram a ser mais exigidos.

Vale mencionar a pesquisa da doutora Ludmila C. Abílio, que demonstra com clareza que a atividade vem ocupando, durante a pandemia, um grande espaço de tempo na vida do trabalhador, excluindo a hipótese de intermitência:

A análise conjunta dos dados referentes ao tempo de trabalho e à remuneração torna evidente que a atividade de entrega via plataforma digital ocupa grande centralidade na vida profissional dos seus trabalhadores. Trabalham de seis a sete dias por semana, com grandes jornadas, o que indica ser essa atividade sua principal fonte de renda. As características encontradas afastam o caráter de atividade intermitente, periférica, secundária ou residual (ABÍLIO, et al, 2020, p. 15)

Na esteira do maior volume de trabalho e maior risco laboral que o novo coronavírus trouxe ao segmento, *motoboys* e *bikeboys* de várias cidades do país se organizaram para fazer exigências, visando melhorar as condições de trabalho e garantir um mínimo de direitos à classe. Com a ajuda das redes sociais, a *hashtag* #Brequedosapps ganhou repercussão e motivou paralisações de entregadores em inúmeras cidades do Brasil e até mesmo em outros países da América

Latina, como Argentina, Chile e Colômbia (MACIEL, 2020).

As reivindicações dos entregadores se baseiam essencialmente em cinco pontos:

- aumento do valor mínimo da corrida;
- seguro de roubo e acidente ocorridos em serviço;
- aumento do valor por quilômetro percorrido;
- auxílio-pandemia, incluindo distribuição de equipamentos de proteção individual (EPI) e licença remunerada em caso de contaminação;
- fim do sistema de pontuação.

Este último ponto é um dos mais polêmicos e envolve um dos aplicativos mais usados do mercado, o Rappi. O sistema de pontuação força o entregador a rodar apenas para um aplicativo, para acumular mais pontos; desta maneira, a plataforma aciona os entregadores com base na pontuação e não na localização (MACIEL, 2020). Alessandro “Sorriso”, um dos líderes da paralisação em Brasília, afirma em entrevista:

"Eles não pagam o deslocamento do ponto em que o entregador está até o restaurante, por exemplo. Eles pagam apenas do restaurante até a casa do cliente", explica Sorriso. E muitas vezes, eu preciso percorrer 10 km pra chegar até o estabelecimento, sem receber nada. E quando vou fazer a entrega, percorro apenas 3 km. Ou seja, ganho apenas por esses 3 km. Eu pago para trabalhar". (MACIEL, 2020)

Estas práticas demonstram claramente uma técnica de manipulação: os entregadores não possuem livre arbítrio e, para se manter no aplicativo, acabam se sujeitando às regras, mesmo que signifique colocar em risco a sua saúde ou até a sua vida.

1. UBERIZAÇÃO

Esta precarização de condições de trabalho através de plataformas informatizadas, hodiernamente chamada de “uberização”, não é exclusividade dos aplicativos de entregas. Atinge profissionais de outros nichos de mercado como o transporte de pessoas, hospedagem, aluguel de veículos e até contabilidade, diferenciando-se apenas de acordo com as características do serviço oferecido ao cliente final. Uber – de onde derivou-se a expressão “uberização” –, Cabify, Fleety, Airbnb, Contabilizei e várias outras companhias operam a chamada Economia de Compartilhamento, que buscaria ligar uma demanda de clientes aos prestadores de serviços, cobrando apenas uma taxa de conveniência.

A Economia do Compartilhamento promete ajudar prioritariamente indivíduos vulneráveis a tomar controle de suas vidas tornando-os microempresários. Podemos nos autogerenciar, entrando e saindo deste novo modelo flexível de trabalho, montando nosso negócio na internet; podemos nos tornar anfitriões no Airbnb, motoristas do Lyft, um trabalhador manual para o Handy ou um investidor altruísta emprestando dinheiro no Lending Club. (SLEE, 2017, p. 34)

Enquanto as companhias alegam que o prestador de serviço é um profissional autônomo, um microempreendedor que aproveita a plataforma para alcançar um número maior de clientes, os críticos enxergam um vínculo de trabalho, no qual os profissionais encontram-se subordinados ao algoritmo, pois não possuem autonomia para estabelecer preço para seu serviço, precisam estar conectados à plataforma para receber chamados e devem seguir determinadas regras para a prestação do serviço.

Em vez de libertar indivíduos para que tomem controle direto sobre suas próprias vidas, muitas companhias

da Economia do Compartilhamento estão dando fortuna a seus investidores e executivos e criando bons empregos para seus engenheiros de programação e marketeiros, graças à remoção de proteções e garantias conquistadas após décadas de luta social, e graças à criação de formas de subemprego mais arriscadas e precárias para aqueles que de fato suam a camisa. (SLEE, 2017, p. 36)

Desta maneira, os trabalhadores de aplicativos encontram-se em uma espécie de limbo jurídico: as companhias responsáveis pelos aplicativos se eximem de qualquer vínculo empregatício, negando ao trabalhador as garantias presentes na Constituição e nas leis trabalhistas; ao mesmo tempo, não há autonomia do trabalhador para determinar aspectos primordiais em um empreendimento – como preço e procedimentos operacionais.

2. PROJETO DE LEI 3.748/2020

Seguindo a repercussão do #Brequedosapps, a deputada federal Tabata Amaral apresentou o Projeto de Lei (PL) 3.748/2020, que vem propor um novo regime de trabalho para regular a relação entre os prestadores de serviços e as plataformas de aplicativos. Basicamente, o PL atribui alguns deveres às companhias responsáveis pelos aplicativos e garante direitos trabalhistas aos profissionais que se submetem a este tipo de trabalho, inclusive abordando as principais reivindicações dos trabalhadores mobilizados no #Brequedosapps.

O PL argumenta, em sua justificção, que a criação de um regime próprio de trabalho se justifica porque

“embora esteja clara a relação desigual e de dependência entre as empresas proprietárias dos aplicativos de serviço e seus trabalhadores, atualmente a esses trabalhadores não têm sido assegurados

quaisquer direitos trabalhistas e previdenciários, seja pela recusa das empresas em reconhecer o vínculo de emprego, seja pela indefinição, pelo Tribunal Superior do Trabalho, da aplicabilidade do regime celetista a esses trabalhadores.” (BRASIL, 2020)

O PL institui um valor-hora mínimo para os trabalhadores, acrescidos de férias, décimo terceiro e adicional de férias proporcionais, prevê alguns benefícios como seguro-desemprego, salário-maternidade, entre outros, além de garantir o fornecimento de EPI e a abolição do descredenciamento de profissionais sem justificativa.

2.1. O meio termo entre CLT e profissionais autônomos

A deputada federal Tabata Amaral defende que o setor já é bastante relevante no mercado, com quase 4 milhões de trabalhadores autônomos prestando serviços através de uma das plataformas disponíveis (BRASIL, 2020). Ainda segundo a deputada, os trabalhadores que realizam os seus trabalhos por meio aplicativos encontram-se em situação jurídica indefinida e desregulada, carecendo de um regime próprio que leve em consideração as peculiaridades da atividade.

Com este PL, buscou-se a desburocratização das relações de trabalho entre os trabalhadores e as plataformas (BRASIL, 2020), o que é visto pelos apoiadores do projeto como um meio termo entre a burocracia presente na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e a ausência de regulação do trabalho autônomo.

As críticas ao projeto consideram presentes todos os requisitos de uma relação de emprego prevista pela CLT, apenas substituindo um ser humano por um algoritmo na hierarquia. Desta maneira, seria

perfeitamente compatível a natureza destes serviços com a legislação vigente, sendo desnecessária a criação de um regime específico para esta classe de trabalhadores.

Em comum – e sem adentrar no mérito dos trabalhadores de aplicativos serem ou não empregados da empresa – apoiadores e críticos concordam que a não existência de uma regulação específica sobre a forma e o desempenho da atividade neste contexto, deixa os trabalhadores desprotegidos, suscetíveis à exploração de sua força de trabalho e à supressão de direitos.

3. FALSA AUTONOMIA

Esta flexibilização das relações de trabalho dá margem a este novo modelo, denominado uberização, caracterizado por conceder uma falsa autonomia ao trabalhador. Esta pretensa autonomia gera insegurança, pois o trabalhador assume jornadas excessivas de trabalho, preferindo assumir os riscos do empreendimento a ficar desempregado. Na justificação do PL 3748/2020, a deputada federal Tabata Amaral afirma o seguinte (grifo nosso):

Os trabalhadores nessa situação, apesar de possuírem liberdade em relação aos horários e duração do trabalho, não possuem as demais características que são necessárias para caracterizá-los como autônomos ou mesmo empresários individuais. Isso porque toda a estrutura de negócios, desde a captação de clientes e publicidade até o desenvolvimento das ferramentas tecnológicas, padronização dos serviços e monitoramento da qualidade, é criada e mantida pelas empresas responsáveis pelos aplicativos. O trabalhador é simplesmente executor dos serviços que são comercializados diretamente pelas empresas, em nome próprio. (BRASIL, 2020)

Este trecho do projeto da deputada expõe a fragilidade da argumentação daqueles que buscam classificar o trabalhador de aplicativo como autônomo. Afinal, apesar de não haver um ser humano dando ordens ao trabalhador, o mesmo não possui qualquer autonomia para alterar as regras que o aplicativo impõe quanto à forma de prestação de serviço, política de preços ou negociação dos termos do contrato de adesão. E esta situação, à luz da CLT, caracteriza claramente a questão da subordinação:

Art. 6o (...) Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio. (BRASIL, 1943)

Também é válido analisar as exigências do movimento #Brequedosapps através do prisma da Constituição Federal (CF). O artigo 7º, em seu inciso I – “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos” (BRASIL, 1988) – está totalmente relacionado às arbitrariedades dos desligamentos de trabalhadores das plataformas, decisão usualmente tomada de maneira unilateral pelas companhias, sem qualquer tipo de compensação.

Os incisos de II a XII se referem a salário-mínimo, piso salarial e demais benefícios pecuniários que, apesar de serem garantias constitucionais, fazem parte das queixas dos trabalhadores, que pedem aumento de valor mínimo da corrida e do valor mínimo por quilômetro rodado.

Ainda no artigo 7º, temos o inciso XXII, que prevê “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (BRASIL, 1988), totalmente alinhado aos pedidos de

EPI e licença remunerada em caso de contágio por Covid-19.

E finalmente, temos o inciso XXVII, que versa sobre seguro contra acidente de trabalho, exatamente a última exigência da lista dos trabalhadores.

Diante do exposto, faz-se necessário um novo olhar para as novas questões que vão surgindo com a evolução tecnológica, porém, sem se distanciar dos instrumentos de proteção à dignidade humana. O desenvolvimento tecnológico e o trabalho por meio de aplicativos não podem se distanciar dos princípios que regem a segurança e a saúde do trabalhador.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento da tecnologia da informação e comunicação tem nos mostrado um crescimento exponencial de novas formas de trabalho por plataformas e aplicativos que, atuando nas entrelinhas das normas, vêm contribuindo para a precarização do trabalho humano.

Os trabalhadores, com medo do desemprego, acabam aceitando assumir o risco do empreendimento para se incluir no modo e forma de trabalho realizado por aplicativos. Desta maneira, o trabalho humano assume o status de mercadoria: paga-se um preço pelo tempo de uso, sem precisar se preocupar com a sua saúde, segurança ou qualquer garantia; o trabalhador, por sua vez, aceita ser o único responsável pela sua produção, pelo seu salário e também pelos acidentes que eventualmente possam ocorrer – paga para trabalhar, segundo citação retro de Rui Maciel.

Concluindo, a legislação não pode ficar inerte às necessidades reais dos trabalhadores – independentemente da existência ou não de vínculo de emprego – tendo em vista que o trabalho por meio de

plataformas e aplicativos estão crescendo cada vez mais e, sendo assim, necessitam de alguma forma de regulamentação.

REFERÊNCIAS

ABÍLIO, Ludmila Costhek, et al. Condições de trabalho de entregadores via plataforma digital durante a Covid-19. **Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano**, Edição Especial – Dossiê Covid-19, p. 1-21, Campinas, 08 jun. 2020. Disponível em <<http://www.revistatdh.org/index.php/Revista-TDH/article/view/74/37>>. Acesso em 20 ago. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, DF, 09 ago. 1943. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 19 ago. 2019.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 19 ago. 2020.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 3748/2020. Institui e dispõe sobre o regime de trabalho sob demanda. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7AFAD496014D5734995AD435FF15647E.proposicoesWebExterno2?codteor=1912324&filename=PL+3748/2020>. Acesso em 17 jul. 2020.

MACIEL, Rui. #BrequeDosApps: a paralisação dos entregadores dos aplicativos ganha o Brasil. **Canaltech**, São Bernardo do Campo, 01 jul. 2020. Disponível em <<https://canaltech.com.br/apps/brequedosapps-a-paralisacao-dos->

entregadores-dos-aplicativos-ganha-o-brasil-167326/>. Acesso em 17 ago. 2020.

MARTINS, Isadora. Home office deve ser tendência entre empresas após a pandemia. **Correio Braziliense**, Brasília, 05 jul. 2020. Disponível em <<https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/eu-estudante/trabalho-e-formacao/2020/07/05/interna-trabalhoformacao-2019,869603/home-office-deve-ser-tendencia-entre-empresas-apos-a-pandemia.shtml>>. Acesso em 17 ago. 2020.

SLEE, Tom. **Uberização**. A nova onda do trabalho precarizado. 1. Ed. Rio de Janeiro: Elefante, 2018.

“BREQUE DOS APPS”: NOVAS TECNOLOGIAS, VELHAS FORMAS DE EXPLORAÇÃO

“BREQUE DOS APPS”: NEW TECNOLOGIES, OLD FORMS OF EXPLOITATION

*Clarissa Maçaneiro Viana*⁴⁸⁸

RESUMO

A mobilização dos trabalhadores para plataformas digitais intitulada “breque dos apps”, deflagrada em meio à pandemia do vírus SARS-CoV-2, denunciou na arena pública de debates a precariedade das condições de trabalho às quais a categoria é submetida. Composta majoritariamente por homens, negros e jovens que trabalham de 6 a 7 dias por semana durante extensas jornadas, a paralisação logrou expor as vicissitudes do discurso de empreendedorismo vocalizado pelas empresas de plataforma, que, por meio do apagamento fictício de uma relação de subordinação real, integra o cerne da racionalidade neoliberal. Nessa esteira, as mobilizações representaram o início de um enfrentamento e a resistência coletiva a esse controle algorítmico que busca falsear a relação de exploração presente nessa modalidade de trabalho.

Palavras-chave: breque dos apps. trabalhadores de plataformas digitais. uberização. paralisação.

ABSTRACT

The outbreak of the mobilization of workers for digital platforms

⁴⁸⁸ Advogada, mestra e doutoranda em Direito pela USP. E-mail: clarissa.viana1@gmail.com.

entitled “breque dos apps” in the midst of the SARS-CoV-2 virus pandemic brought to the public debate the precarious working conditions to which the category is subjected. Composed majoritarily of men, blacks and young people whom are submitted to long working hours during 6 to 7 days a week, the stoppage managed to expose the vicissitudes of the entrepreneurial discourse voiced by platform companies, which, through the fictitious erasure of a real subordinate relationship, integrates the core of neoliberal rationality. In this context, the mobilizations represented the beginning of a confrontation and the collective resistance against the algorithmic control that seeks to distort the relationship of exploitation present in this modality of work.

Keywords: breque dos apps. digital platform workers. uberization. mobilization.

INTRODUÇÃO

A trabalhadora brasileira tem sofrido, nos últimos anos, uma piora significativa nos índices de empregabilidade. A redução das ofertas de trabalho formal já se arrastava há pelo menos 4 anos e, com a pandemia causada pelo vírus SARS-CoV-2, atinge seu ápice na história recente do mercado de trabalho brasileiro. Os dados recolhidos pelo IBGE durante o trimestre encerrado em junho de 2020 demonstram que, somando desempregados, subocupados e desalentados, a taxa composta de subutilização totalizou o importe de 29,1%, maior índice registrado desde 2012, ano em que o Instituto iniciou essa compilação (AGÊNCIA IBGE, 2020). A situação é tão periclitante que em todos os estados do Brasil, à exceção de Santa Catarina e Distrito Federal, o número de pessoas recebendo o auxílio emergencial superou a quantidade de empregados com carteira assinada (PODER 360, 2020).

Não por acaso, durante a pandemia houve um aumento brusco

no número de trabalhadores que, vendo-se destituídos de seus empregos ou impossibilitados de desempenhar suas ocupações pelo isolamento social, buscaram nas empresas que operam via aplicativos de celular uma fonte de renda. A procura foi tamanha que elas chegaram a formar filas de espera de pessoas buscando essa forma de trabalho. A empresa iFood, por exemplo, informou que, de março a junho de 2020, recebeu 480 mil novos pedidos de cadastros, número três vezes maior que a quantidade de pessoas que desempenhavam esta função pela empresa em fevereiro do mesmo ano (mês que antecedeu o início da quarentena no Brasil) (ÉPOCA NEGÓCIOS, 2020). Vale destacar que os serviços de entrega foram classificados pelo Governo Federal como atividade essencial para fins de enfrentamento da disseminação do vírus, consoante artigo 3º, §1º, XII do Decreto n. 10.282/2020.

Se, por um lado, o trabalho prestado pela categoria nunca deixou de estar eivado pela precariedade, durante a pandemia foi possível constatar uma deterioração das condições sob as quais ele é desenvolvido. Junto da baixa remuneração e arbitrariedade no bloqueio de trabalhadores pela plataforma, emergiram também denúncias de não fornecimento de equipamentos de proteção individual aptos a minimizar as chances de contágio.

O tema da precarização do trabalho, então, voltou a ter destaque na arena pública de debates, vindo à tona as reivindicações coletivas dos trabalhadores de *delivery* por melhores condições de trabalho. A categoria se organizou nas principais capitais do país e, em julho de 2020, realizou paralisações que foram intituladas pelo movimento de “breque dos apps”.

Essas mobilizações, fomentadas de forma majoritariamente autônoma e não vinculada a organizações sindicais ou partidárias tradicionais, ocuparam os espaços públicos e trouxeram pautas que

passavam pela denúncia às precárias condições de trabalho, melhoria da remuneração, combate aos bloqueios indevidos e prestação de auxílios em caso de doença. Em diferentes níveis, as críticas apontadas revelam as múltiplas facetas da natureza supostamente empreendedora desse ramo de atividade, que busca a todo custo falsear a relação subordinação do trabalho ao capital e da exploração da mão-de-obra sob o argumento da existência de uma relação de “parceria” de natureza “empreendedora”.

Buscaremos no presente artigo, então, a partir do perfil dos trabalhadores que compõem a categoria e das pautas por eles levantadas, refletir de que maneira esses elementos se relacionam com a configuração dessa relação de exploração e a sua inserção dentro de um panorama mais amplo sobre as tendências recentes do mercado de trabalho.

1 A MORFOLOGIA DA CATEGORIA: QUEM SÃO E O QUE QUEREM OS GREVISTAS?

A categoria dos entregadores que trabalham para as plataformas digitais foi recentemente objeto de pesquisa voltada para o estudo dos impactos da pandemia de COVID-19 nas suas condições de trabalho, a qual aplicou um questionário (de forma remota) em 298 trabalhadores alocados em 29 cidades (ABÍLIO et al., 2020). Nela, os resultados revelaram que o perfil médio dos respondentes era masculino (94,6%), negro (58,8%) e jovem (65,1% possuíam até 34 anos). A maioria dos entregadores afirmou trabalhar ininterruptamente durante os 7 dias da semana (51,9% dos respondentes), ao passo que 70,5% dos respondentes declararam trabalhar para duas ou mais plataformas simultaneamente.

O fator de especial relevo nessa pesquisa reside no cotejo dos

relatos sobre as condições de trabalho antes e durante a pandemia. Os dados atinentes à jornada demonstram que 57% dos respondentes afirmaram trabalhar mais de nove horas diárias antes da pandemia, ao passo que, durante a pandemia, esse percentual subiu para 65%. A remuneração, em contrapartida, sofreu uma queda remuneratória nesse período para 58,9% dos entrevistados.

A pesquisa conclui, a partir dos dados extraídos das respostas ao formulário, que é possível aventar a possibilidade de que as empresas estejam promovendo o rebaixamento do valor da força de trabalho dos entregadores que já estavam desempenhando esta atividade antes da pandemia, prática amparada pelo aumento do contingente de trabalhadores de reserva e pela adoção, de forma nociva, de uma política de aumento do número de entregadores (ABÍLIO et al., p. 9).

Inobstante, como já mencionamos, a atividade da entrega de alimentos foi considerada essencial pelo Governo Federal e por diversos estados e municípios em suas regulamentações acerca de quais atividades poderiam permanecer em funcionamento durante as fases mais restritas da quarentena, o que expôs os entregadores a alto risco de contaminação pela COVID-19. No entanto, segundo investigação procedida pelo Ministério Público do Trabalho, as empresas de aplicativos não forneceram de forma suficiente máscaras de proteção e insumos para higienização das mãos e do material de trabalho, tampouco oferecendo qualquer apoio financeiro apto a possibilitar o isolamento dos entregadores que compõem grupos de riscos ou daqueles que se contaminaram com a doença (CONAFRET, 2020).

Em um cenário de aumento da demanda pelos serviços e queda nos preços pagos aos entregadores acompanhado do elastecimento da jornada de trabalho diária e possibilidade iminente de contaminação

por uma doença potencialmente letal, não é de se surpreender que a categoria tenha buscado formas organizativas para vocalizar sua indignação coletiva.

Iniciou-se, então, a organização do chamado “Breque dos Apps”, com a paralisação das atividades no dia 1º de julho de 2020 e o incentivo ao engajamento dos consumidores, orientados a não realizarem pedidos pelos aplicativos naquele dia. Foram feitos atos de rua em pelo menos 14 estados, inclusive em São Paulo, onde a manifestação na capital reuniu milhares de entregadores na Avenida Paulista e seguiu por vários pontos da cidade, destacando-se a parada feita em frente à sede do Tribunal Regional do Trabalho para a entrega de uma pauta de reivindicações.

Sem contar com a direção de sindicatos, centrais ou partidos políticos, essa multidão de trabalhadores que, embora trabalhe de forma atomizada, possuem pontos de encontro e momentos de socialização entre as entregas, encontrou nesses espaços e nos grupos da ferramenta Whatsapp uma maneira de se organizarem e divulgarem os protestos.

Dentre os pontos reivindicação trazidos pelo movimento, estavam o aumento do valor pago pelo quilômetro percorrido e a previsão de um reajuste anual programado; o fim dos bloqueios indevidos feitos pelas empresas arbitrariamente, impedido o entregador de continuar a trabalhar para a plataforma; a entrega de equipamentos de proteção individual aptos a garantir condições sanitárias adequadas durante a pandemia; a previsão de auxílio financeiro caso o entregador sofra acidentes ou contraia doenças, como a COVID-19 (SCHAVELZON, 2020).

Uma segunda mobilização da categoria aconteceu em 25 de julho, levantando as mesmas pautas, ainda que com menos adesão que a anterior. De qualquer forma, impende destacar o impacto gerado

pela articulação, que logrou calcar um espaço inédito para eventos do tipo, tendo sido noticiada em todos os principais veículos de comunicação e contado com expressivo apoio popular.

Um dos movimentos que construiu a paralisação, intitulado Entregadores Antifascistas, tem se destacado por trazer o debate numa perspectiva de classe, denunciando o falseamento da condição de empreendedores atribuída aos entregadores pelas empresas e promovendo a auto-organização da categoria. Contudo, embora o coletivo encampe a defesa da carteira assinada (FOLHA, 2020), a pauta do reconhecimento de vínculo empregatício entre os entregadores e as empresas que operam via plataformas não é consensual entre a categoria, tampouco o debate central nas mobilizações realizadas.

Nesse sentido, é essencial resgatar que existe, por parte das empresas que operam via aplicativos, um falseamento da relação de subordinação a partir da utilização do discurso do empreendedorismo. Propaga-se a ideia de uma suposta liberdade que o trabalhador possuiria diante da empresa – a qual não seria sua empregadora, e sim uma mera intermediadora de serviços, em uma construção feita a partir da polarização com o que seria a relação empregatícia, intrinsecamente “rígida” e “inflexível” e, portanto, pouco desejável. Compreender essa retórica discursiva é central para o estudo do fenômeno da uberização e de como os sujeitos reagem a ela.

2 O EMPREENDEDORISMO COMO FARSA

Na obra *A Nova Razão do Mundo* os autores Pierre DARDOT e Christian LAVAL, fornecem uma definição que nos parece útil para o entendimento do tema, partindo na concepção que o neoliberalismo, antes de ser uma ideologia ou uma política econômica, seria sobretudo

uma racionalidade e, como tal, tenderia a estruturar e organizar não apenas a ação dos governantes, mas até a própria conduta dos governados (2016, p. 17).

Essa racionalidade consistiria na generalização da concorrência como norma de conduta e da empresa como modelo de subjetivação, de modo que o neoliberalismo seria, então, definido como um conjunto de discursos, práticas e dispositivos que determinariam um novo modo de governo dos sujeitos segundo esse princípio universal da concorrência. Seria estabelecida uma competição generalizada que arrasta os trabalhadores para uma luta econômica uns contra os outros, ordenando as relações sociais segundo o modelo do mercado e incitando os indivíduos a se conceberem e se comportarem como empresas (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 16).

Nessa esteira, os processos de flexibilização do trabalho que compreendem a transferência de custos e de riscos da atividade empregatícia para o trabalhador estão no cerne do receituário neoliberal, que emerge como resposta ao ambiente de intensificação da concorrência capitalista, financeirização da economia e elevação do desemprego. Busca-se a não-intervenção do Estado nas relações individuais de trabalho, de modo que cada trabalhador, individualmente, negocie com o empregador a venda da sua força de trabalho, em um rechaço à suposta rigidez imbuída aos contratos de trabalho pelo direito trabalhista, que não estaria adequado às demandas do capitalismo flexível, marcado pela fluidez e mudanças a curto prazo (HARVEY, 1994, p. 143).

É posta em prática uma política empresarial e pública de falsificação da democracia pelo estímulo (monetário ou pelo temor ao desemprego) à participação e ao engajamento do trabalhador, que deve “vestir a camisa da empresa”, e pelo estímulo ao

empreendedorismo, como apagamento jurídico fictício da relação real de subordinação do trabalho ao capital, que se apresenta como uma igualdade entre capitalistas, sendo um deles mero “proprietário” de sua força de trabalho (FONTES, 2017, p. 50).

Essa tendência, mais do que uma mera atualização de um processo em curso há décadas, consiste sobretudo no espraiamento e visibilização de elementos historicamente associados aos mercados de trabalho periféricos. Marcelo Badaró MATTOS relata como não se pode assumir o pressuposto que a definição de classe trabalhadora está diretamente associada à relação de emprego padrão, que compreenderia contrato estável, com garantia de direitos sociais, dado que essa situação consiste uma “anomalia histórica” restrita no tempo a um período de menos de três décadas que se seguiram ao final da Segunda Guerra Mundial e confinada aos trabalhadores homens de um grupo de países que viveu o desenvolvimento capitalista avançado no Norte Global (2019, p. 114).

A uberização, longe de consistir em um mero resultado da inovação tecnológica ou um fenômeno “disruptivo”, em verdade corresponde a um aprofundamento e generalização em nível global das já conhecidas formas de exploração praticadas na periferia do capitalismo a partir da produção de uma tecnologia voltada para esse fim.

O caso dos entregadores é emblemático desse *modus operandi* da precariedade generalizada fomentada pelo desenvolvimento de algoritmos via geolocalização. Não somente é eliminada a mediação do contrato de trabalho para realizar a extração da mais-valia como as empresas de aplicativos externalizam inclusive os custos com as ferramentas – o trabalhador é quem adquire um celular, um meio de transporte para realizar as entregas e até mesmo a mochila para carregar as encomendas com a logomarca da empresa. Não há

qualquer garantia de que ele receberá, pelo trabalho, o necessário para cobrir as despesas previamente contraídas. Mais que uma transferência do risco da atividade empregatícia para o trabalhador, há uma transferência do prejuízo financeiro.

O autogerenciamento do trabalho, onde inexistente uma determinação prévia de horários ou do valor da remuneração paga pelo uso dessa força de trabalho, produz o que Ludmila Costhek ABÍLIO intitula de “trabalhador *just-in-time*”, que tem o seu trabalho utilizado e remunerado na exata medida da demanda (2020a, p. 117). Esse suposto empreendedor nada mais é que um gerente de si próprio inteiramente responsável por sua reprodução social, aquele que deve traçar as estratégias para maximização do lucro – tudo isso sem deixar de estar efetivamente subordinado às empresas, que são as que definem as possibilidades de execução desse trabalho por meio do gerenciamento algorítmico (ABÍLIO, 2020b). O trabalhador se vê inserido em uma “relação despótica”, sem saber como, por que e quando receberá o trabalho, tampouco como é definido o seu valor (ABÍLIO, 2020b). Até mesmo a eterna busca do capital pela redução da porosidade na jornada de trabalho é resolvida, na medida em que a força de trabalho está permanentemente disponível, porém somente utilizada quando necessário e somente remunerada pelo que for produzido (ABÍLIO, 2020a, p. 117).

Paralelamente, a relação empregatícia é colocada no aspecto discursivo como estando intrinsecamente aliada aos seus aspectos negativos costumeiramente presentes no imagético popular, a exemplo do chefe que dá ordens e assedia, aplica punições por pequenos atrasos e é insensível à qualquer demanda pessoal dos seus subordinários.

Uma pesquisa realizada pelo Ibope na semana que antecedeu às mobilizações do dia 1º de julho é exemplar em ilustrar o reforço

dessa percepção. Ela anunciou que 70% dos entregadores de aplicativos entrevistados pelo instituto não desejariam ter a carteira assinada (EXAME, 2020). A pesquisa está repleta de falhas, conforme bem sinaliza Rodrigo CARELLI (2020) ao elucidar que a pergunta feita aos entrevistados, em realidade, foi: “Você prefere o modelo de trabalho atual, que te permite escolher os dias da semana e os horários em que gostaria de trabalhar, podendo ainda trabalhar com vários aplicativos e definir a melhor forma de compor sua renda, OU gostaria de ter carteira assinada para poder ter acesso a benefícios e direitos como 13º salário, férias, INSS e FGTS, mas tendo que cumprir horários e demais regras das empresas de aplicativos?”. Como aponta o autor, não foi dada aos entrevistados a oportunidade de responder que gostaria da carteira assinada e da flexibilidade, que em momento nenhum são incompatíveis pela lei brasileira – não é requisito da existência de relação de emprego a exclusividade, podendo o empregado trabalhar simultaneamente para várias empresas, sendo também possível existir a flexibilidade de horários, a exemplo das disposições contidas no artigo 62 da CLT.

De qualquer forma, é inegável que os discursos veiculados pelas classes dominantes acerca das benesses da relação disfarçada de “empreendedora” encontra reverberação no seio da classe trabalhadora, o que tampouco deixa de surpreender. As ideias dominantes são, como bem define a formulação marxiana, nada mais do que a expressão ideal das relações materiais dominantes, ou seja, são as ideias da dominação de uma classe sobre a outra (MARX; ENGELS, 2007, p. 47). A sua superação, então, não se realiza autonomamente no plano ideal, devendo ser enfrentada no terreno da materialidade – ou seja, no seio das luta organizada e dos protestos reivindicatórios fomentados pela classe dominada, a partir dos quais se constrói a classe para si.

CONCLUSÃO

No cenário de precariedade extrema disfarçada de empreendedorismo, as contradições emanam e se acentuam pelo momento de crise pandêmica. A categoria dos entregadores, que vivencia na pele as mazelas da total ausência de proteção estatal, colocada na linha de frente dos expostos à contaminação durante a quarentena, gesta, a partir das características da exploração desse trabalho, formas próprias de organização e resistência. Antes socialmente invisíveis, passaram a ser reconhecidos em sua potencialidade política (ABÍLIO, 2020b), a partir da ocupação dos espaços públicos e do reivindicar pautas que colocam em xeque a total transferência dos riscos da atividade realizada.

Os debates travados sobre a defesa ou não do vínculo empregatício estão em constante mudança e, conforme a categoria avança no seu processo organizativo, é possível imaginar que também aprofunde as formulações sobre de que forma a sua existência impactaria sobre as condições de trabalho.

A dialética da emancipação não pode ser vista como uma marcha inevitável rumo a um fim garantido, pois as aspirações e as expectativas populares são variadas, contraditórias e frequentemente divididas entre uma exigência de liberdade e uma demanda de segurança (BENSAID, 2008, p. 31). Todavia, é a partir da sua organização e fomento de uma consciência coletiva que será possível pensar na denúncia das contradições inerentes à sua exploração e, por consequência, na possibilidade de sua superação.

REFERÊNCIAS

ABÍLIO, Ludmila Costhek et al. Condições de trabalho de entregadores via plataforma digital durante a Covid-19. Em: **Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano**, Campinas, Edição Especial – Dossiê COVID-19, p. 1-21, 2020.

ABÍLIO, Ludmila Costhek. Uberização: a era do trabalhador just-in-time? Em: **Revista Estudos Avançados**, v. 34, n. 98, p. 111-126, 2020a.

ABÍLIO, Ludmila Costhek. **Breque no despotismo algorítmico: uberização, trabalho sob demanda e insubordinação**. 2020b. Disponível em: https://blogdaboitempo.com.br/2020/07/30/breque-no-despotismo-algoritmico-uberizacao-trabalho-sob-demanda-e-insubordinacao/#_ftn3. Acesso em: 05 ago 2020.

AGÊNCIA IBGE. **PNAD Contínua**: taxa de desocupação é de 13,3% e taxa de subutilização é de 29,1% no trimestre encerrado em junho de 2020. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/28478-pnad-continua-taxa-de-desocupacao-e-de-13-3-e-taxa-de-subutilizacao-e-de-29-1-no-trimestre-encerrado-em-junho-de-2020>. Acesso em: 05 ago 2020.

BENSAID, Daniel. **Os irredutíveis**: teoremas da resistência para o tempo presente. Trad.: Débora Racy. São Paulo: Boitempo, 2008.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Como mentir com estatística sobre os trabalhadores em plataformas**. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/como-mentir-com-estatistica-sobre-os-trabalhadores-em-plataformas-24072020>. Acesso em: 01 ago 2020.

CONAFRET. **A pandemia e o trabalho em plataformas digitais: a atuação do Ministério Público do Trabalho.** 2020. Disponível em: http://www.prt10.mpt.mp.br/images/NOTA_DE_ESCLARECIMENTOS_DA_CONAFRET_-_ATUACAO_DO_MPT_SOBRE_APLICATIVOS_2_1.pdf. Acesso em: 15 jul 2020.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal.** Tradução: Mariana Echalar. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

ÉPOCA NEGÓCIOS. **Trabalhador enfrenta fila de espera para se tornar entregador em aplicativos.** 2020. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Carreira/noticia/2020/07/epoca-negocios-trabalhador-enfrenta-fila-de-espera-para-se-tornar-entregador-em-aplicativos.html>. Acesso em: 25 jul 2020.

EXAME. **Ibope aponta que entregadores de apps não querem carteira assinada.** 2020. Disponível em: <https://exame.com/negocios/pesquisa-indica-que-entregadores-nao-querem-carteira-assinada-sera/>. Acesso em: 12 ago 2020.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna.** Trad.: Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Edições Loyola, 1994.

FOLHA DE S. PAULO. **Acreditaram na mentira do empreendedorismo, diz líder do Entregadores Antifascistas.** 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/07/acreditaram-na-mentira-do-empreendedorismo-diz-lider-do-entregadores-antifascistas.shtml>. Acesso em: 15 ago 2020.

FONTES, Vírínia. Capitalismo em tempos de uberização: do emprego ao trabalho. Em: **Colóquio Marx e o Marxismo 2016: Capital e poder**, Niterói/RJ. Anais, Niterói, v. 5, n. 8, jan/jun 2017.

PODER 360. **Auxílio emergencial supera emprego em 25 Estados**. 2020. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/economia/auxilio-emergencial-supera-emprego-em-25-estados/#:~:text=O%20n%C3%BAmero%20de%20benefici%C3%A1rios%20do,37%2C7%20milh%C3%B5es%20de%20empregos.> Acesso em 28 ago 2020.

MANZANO, Marcelo; KREIN, André. **A pandemia e o trabalho de motoristas e de entregadores por aplicativos no Brasil**. Disponível em: https://www.cesit.net.br/wp-content/uploads/2020/07/MANZANO-M-KREIN-A.-2020_A-pandemia-e-os-motoristas-e-entregadores-por-aplicativo.pdf. Acesso em: 15 jul 2020.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**: crítica da mais recente filosofia alemã em seus representantes Feuerbach, B. Bauer e Stirner, e do socialismo alemão em seus diferentes profetas. Trad.: Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2007.

MATTOS, Marcelo Badaró. **A classe trabalhadora**: de Marx ao nosso tempo. São Paulo: Boitempo, 2019.

SCHAVELZON, Salvador. **A luta dos entregadores de aplicativo contra os algoritmos autoritários**. El País Brasil, 25 jul. 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/opiniao/2020-07-25/a-luta-dos-entregadores-de-aplicativo-contr-a-os-algoritmos-autoritarios.html>. Acesso em: 15 ago 2020.

O FENÔMENO DA UBERIZAÇÃO: OS CHOQUES ENTRE A LEGISLAÇÃO TRADICIONAL E AS NOVAS RELAÇÕES DE TRABALHO

THE PHENOMENON OF UBERIZATION: THE CLASHES BETWEEN TRADITIONAL LEGISLATION AND NEW LABOR RELATIONS

*Gabriel Veroneze Girardi*⁴⁸⁹

*João Pedro Miyada do Nascimento*⁴⁹⁰

*Pedro Branquinho do Carmo*⁴⁹¹

*Jair Aparecido Cardoso*⁴⁹²

RESUMO

O presente artigo tem como escopo a apresentação das plataformas de trabalho digitais, com enfoque dado à UBER, como tendência contemporânea das relações de emprego. O objetivo seria, portanto, enquadrar a figura do trabalhador moderno nas diretrizes que historicamente norteiam o Direito do Trabalho, como mecanismo de equiparação para um ente hipossuficiente inserido no fenômeno do trabalho. Nesse sentido, utiliza-se de uma perspectiva histórica,

⁴⁸⁹ Acadêmico de Direito na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. E-mail de contato: gabrielvgirardi@usp.br

⁴⁹⁰ Acadêmico de Direito na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. E-mail de contato: jpmiyada@usp.br

⁴⁹¹ Acadêmico de Direito na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. E-mail de contato: pedrobranquinho05@usp.br

⁴⁹² Professor de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, da Universidade de São Paulo-FDRP/USP; Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP; Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP; Líder do grupo de pesquisa Gedtrab da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – FDRP/USP.

associada à visão interpretativa da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), para expor a relação constituída nessas novas formas de trabalho, analisada criticamente frente à realidade atual que deve ser de alguma forma amparada no Direito do Trabalho para possibilitar a evolução do mercado alinhada com a proteção ao trabalhador. Propõe-se, ainda, a criação de uma nova legislação para regular essa realidade, entendendo que a tentativa de adequação aos dispositivos já existentes é um recurso paliativo importante para solução de certos conflitos que, todavia, não se faz suficiente para tratar da questão de forma definitiva.

Palavras-chave: Plataformas de trabalho digitais. UBER. Evolução do mercado. Proteção ao trabalhador. Nova legislação.

ABSTRACT

This article aims to present digital work platforms, with a focus on UBER, as a contemporary trend in employment relations. The objective, therefore, would be to fit the figure of the modern worker in the guidelines that historically guide Labor Law, as a mechanism of equalization for a low-income entity inserted in the phenomenon of work. In this sense, it uses a historical perspective, associated with the interpretative vision of the Consolidation of Labor Laws (CLT), to expose the relationship constituted in these new forms of work, critically analyzed in view of the current reality that must be supported in some way in the Labor Law to enable the evolution of the market in line with worker protection. It is also proposed to create a new legislation to regulate this reality, understanding that the attempt to adapt to the already existing devices is an important palliative resource for solving certain conflicts, which, however, is not enough to address the issue of definitively.

Keywords: Digital work platforms. UBER. Evolution of the market. Worker protection. New legislation.

INTRODUÇÃO

1.1 Evolução histórica

Conforme expõe Vólia Bomfim Cassar (2014, p. 50), do ponto de vista etimológico, a palavra trabalho remete a sofrimento e castigo, tendo origem do latim *tripalium* (um instrumento de tortura que pesava sobre os animais). Contudo, tanto as relações de trabalho, quanto a forma como este era visto pelas mais diversas culturas, sofreram expressivas alterações com o passar dos anos.

Sobre isso, Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2017, p. 22), ao discorrer acerca da história do direito do trabalho, afirma que desde a Antiguidade até a Idade Média – passando por modos de produção escravistas e servis – o trabalho tinha, justamente, o caráter negativo acima mencionado. Nesse sentido, mesmo quando não era visto como forma de flagelo (como o era no pensamento clássico grego), entendia-se que era algo restrito às classes sociais inferiores.

No entanto, com o advento do Renascimento (Cultural e Comercial), em paralelo a ascensão de uma nova classe (burguesia), que construiu sua riqueza por meio da atividade comercial, uma nova concepção de trabalho, agora positiva, começa a emergir. O trabalho, então, passou a ser cada vez mais estimado, entendido como um valor e fonte de riquezas (NASCIMENTO, 2004, p. 183).

Assim, por meio dessas transformações estruturais das sociedades e com o advento do modo de produção capitalista, atingiu-se a ideia de trabalho hodierna: um meio não apenas de garantir a subsistência do ser humano, como, também, de conferir-lhe dignidade.

Foi, portanto, visando assegurar que o trabalho fosse capaz de cumprir tais papéis, sem que se tornasse uma forma de exploração

violenta e desmedida de um indivíduo por outro, que teve origem o Direito do Trabalho. Nesse sentido, floresceu após as revoltas e descontentamentos derivados da Revolução Industrial, com o advento das máquinas e a mudança de eixo do trabalho (do campo) para a cidade e fábricas.

As inovações decorrentes desse período histórico foram responsáveis por: elevar a produção (e a produtividade) a níveis até então nunca vistos e dividir, de forma mais clara, o empregado e o empregador, sendo aquele o detentor da mão de obra e este o detentor dos meios de produção. Todavia, estando os empregadores eufóricos e sedentos pela ampliação de seus lucros que aquela conjuntura (mão de obra abundante somada ao uso das novas máquinas) possibilitava, se aproveitaram da inércia do Estado e da ausência absoluta de regulação do trabalho para instituir péssimas condições de trabalho, com jornadas extremamente longas e exploração do labor de mulheres e menores (GARCIA, 2017, p. 22).

Esse cenário, então, causou uma insatisfação popular crescente que acarretou em revoltas e reivindicações por direitos. Tal movimento, por sua vez, demonstrou a necessidade de intervenção do Estado para proteção do trabalhador (hipossuficiente). Com isso, deu-se origem às primeiras normas acerca do tema e, conseqüentemente, ao Direito do Trabalho.

Dessa forma, historicamente (desde sua origem até os tempos atuais), o Direito do Trabalho teve como um de seus pilares a busca por justiça social. Foi, portanto, fortalecido, em grande medida, com defesa da doutrina social pela Igreja Católica – que tem como marco a Encíclica *Rerum Novarum*, de 1891, do Papa Leão XIII – e com o surgimento do “constitucionalismo social”, após o término da Primeira Guerra Mundial, sendo que ambos contribuíram, direta ou

indiretamente, para a ampliação da garantia de direitos trabalhistas em âmbito constitucional e infraconstitucional (GARCIA, 2017, p. 23).

Isto posto, há aqueles que, como Cesariano Junior (1980, p. 54), restringem o Direito do Trabalho a um “sistema jurídico de proteção ao economicamente fraco na relação jurídica”. Entretanto, apesar de essa definição não estar incorreta, mostra-se – por meio da análise da evolução dessa área do Direito e de sua aplicabilidade nos dilemas práticos – insuficiente. Entende-se, então, que, atualmente, o Direito do Trabalho é:

“Um sistema jurídico permeado por institutos, valores, regras e princípios dirigidos aos trabalhadores subordinados e assemelhados, aos empregadores, empresas coligadas, tomadores de serviço, para tutela do contrato mínimo de trabalho, das obrigações decorrentes das relações de trabalho, das medidas que visam à proteção da sociedade trabalhadora, sempre norteadas pelos princípios constitucionais, principalmente o da dignidade da pessoa humana. Também é recheado de normas destinadas aos sindicatos e associações representativas; à atenuação e forma de solução dos conflitos individuais, coletivos e difusos, existentes entre capital e trabalho; à estabilização da economia social e à melhoria da condição social de todos os relacionados” (CASSAR, 2014, p.51).

1.2 As plataformas digitais

Ainda com relação a evolução do trabalho e das normas que o regulam, cabe enfatizar que, em linhas gerais, os momentos de importantes alterações nas lógicas trabalhistas estiveram, em grande medida, relacionados à evolução tecnológica. Desse modo, conforme os meios de produção transformaram-se e aperfeiçoaram-se, tanto as relações entre o empregado e o empregador, quanto os modos de produção e a estrutura produtiva, se adaptaram.

Até as últimas décadas do século XX, essas mudanças foram lentas e graduais, espaçadas temporalmente. Contudo, com o surgimento e o desenvolvimento da internet, em especial nos últimos anos de tal século em diante, esse quadro foi alterado. De modo a exemplificar a velocidade com a qual as inovações acontecem hodiernamente, tem-se a Lei de Moore, projeção (comprovada) de uma tendência histórica, elaborada em 1965, segundo a qual o número de transístores em um *chip* de computador – ou seja, seu poder de processamento – dobra a cada 18 meses, aproximadamente.

Em outras palavras, nas últimas décadas, o universo do trabalho teve de lidar com inovações a um ritmo e intensidade nunca antes vistos. A internet invadiu a vida das pessoas e reduziu as barreiras entre o pessoal e o profissional, levando o trabalho para o digital. Paralelamente, elevou-se o risco de extinção de diversas categorias de emprego, criando a necessidade de os trabalhadores se reinventarem para continuarem no mercado.

É nesse contexto, então, que surgem as plataformas digitais, modelos de negócios (dentre os quais a Uber se encaixa e configura-se como um de seus maiores expoentes) que funcionam à base de tecnologia. Carregam a promessa de facilitar a lógica de mercado e de trabalho, em vista da transformação digital pela qual passa o mundo, proporcionando um ambiente virtual que conecta quem consome determinado bem ou serviço (demanda) àquele que o produz (oferta).

Todavia, esse papel, atribuído pelas próprias empresas a si mesmas, de meras intermediadoras – teoricamente, responsáveis apenas pela “ponte” estabelecida, garantindo autonomia ao trabalhador – é alvo de controvérsias. Diversos trabalhadores que usam dessas plataformas como meio de obtenção de renda veem-se lesados pela abstenção das empresas, com a alegação de que não haveria vínculo empregatício, ante todos os direitos e garantias

trabalhistas, chegando a levar, inclusive, muitos de seus litígios para o âmbito judicial.

Assim, tendo em vista que as decisões sobre esse tema, muitas vezes, divergem e visando, por isso, a uniformização dos entendimentos jurisprudenciais, discute-se, no meio acadêmico e no dos tribunais, qual seria o melhor enquadramento para o trabalho em questão e qual a responsabilidade das empresas em face dos trabalhadores, de modo a julgar se de fato há ou não vínculo empregatício.

É em torno desses e de outros pontos que se centra esse artigo, dando enfoque ao quadro da Uber. Visa-se, ainda, uma análise pautada pela ótica do Direito do Trabalho tal como é entendido por Vólia Bomfim Cassar (2014, p. 51). Tem-se em mente, portanto, seu papel fulcral para a solução de conflitos e para o bom funcionamento do mercado de trabalho e da economia como um todo, sem que se deixe de lado, no entanto, a importância da proteção da parte hipossuficiente para a garantia de condições que proporcionem um trabalho e vida dignos.

2 DAS CARACTERÍSTICAS DA RELAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Nessa linha, a partir de uma perspectiva histórica do trabalho, surge, inserida no contexto das relações trabalhistas, a relação de emprego. Esta, como afirma Gustavo Filipe Barbosa (2020, p. 132), constitui-se como espécie da qual a relação de trabalho é gênero, pautado também no art. 442 da CLT, que diz: “Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”. Dessa forma, diferencia-se a relação empregatícia, dentro

do âmbito do trabalho, por esta refletir uma característica exclusiva, qual seja: o vínculo jurídico de emprego.

Ademais, Carlos Henrique Bezerra Leite (2019, p. 246) revela que a especificidade da relação de emprego se dá por conta de um tipo específico da atividade humana: o trabalho subordinado, prestado por um tipo especial de trabalhador, o empregado. Portanto, o fator preponderante de interesse da aplicação da legislação gravita na relação jurídica entre os sujeitos empregado e empregador.

Isto posto, encontram-se, na CLT, dispositivos normativos que regulam esta relação, devendo ser taxativamente evidenciados na realidade concreta a ser visualizada, por se constituírem elementos de cumulação necessária para caracterização da relação (MARTINEZ, 2019, p. 255). Desse modo, segundo o que determina o art. 3º da CLT, “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. Complementarmente, o art. 2º da CLT normativiza a figura do empregador, sendo este, a empresa, individual ou coletiva que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Evidencia-se, ainda, segundo doutrina majoritária, que, salvo em expressões contratuais diversas ou proibições legais para tal, não é necessário que um empregado esteja submetido ao poder diretivo de um único empregador, não sendo vedado a ele acumular empregos dentro da esfera privada (MARTINEZ, 2019, p. 269).

2.1 O empregado

Inicialmente, analisar-se-á a figura do empregado, amparada no supracitado art. 3º da CLT, com o válido enfoque de que fora historicamente estabelecido como ente hipossuficiente nas relações de

trabalho e, por consequência, alvo de uma série de proteções constitucionais e principiológicas para que se equilibre a relação jurídica a ser enfrentada.

Conceitualmente, vê-se que o empregado é todo trabalhador que presta serviço ao empregador, encontrando-se cada um dos sujeitos em um dos polos da anteriormente explicada relação de emprego (GARCIA, 2020, p. 246). Além disso, tem-se aprofundamento citado por Amauri Mascaro Nascimento, que confere importância ao caráter subjetivo do ânimo de emprego subordinado a outrem (1992, p. 309), isto é, a vontade intrínseca ao sujeito contratado de se submeter ao poder de subordinação, bem como o de todas as outras características inerentes à relação de emprego.

2.1.1. Pessoa Física

Este primeiro requisito básico, dentro da simples perspectiva que reflete na caracterização, indica que o empregado deve ser pessoa física (a pessoa natural retratada no Código Civil de 2002), ou seja, não se pode contratar pessoa jurídica. Desse modo, evidencia-se, na legislação pátria, uma proteção conferida à pessoa humana do trabalhador, normatizando o princípio da dignidade nas relações de trabalho (GARCIA, 2020, p. 142).

2.1.2. Caráter Personalíssimo

Em seguida, parte-se para o segundo elemento que compõe os requisitos desta relação: o seu caráter personalíssimo. Nesse sentido, Carlos Henrique Bezerra Leite (2019, p. 248), explicita que o contrato de trabalho é, via de regra, *intuitu personae*, ou seja, somente uma pessoa contratualmente determinada pode figurar no polo da relação

que diz respeito ao empregado. Destarte, como lecionado por Luciano Martinez (2019, p. 256), no conceito de pessoalidade existe a ideia de intransferibilidade, qual seria: somente uma específica pessoa física, e nenhuma outra em seu lugar, pode prestar o serviço ajustado.

Todavia, o caráter personalíssimo não é uma regra duramente taxativa já que, mediante determinação das partes, admite prestações de serviço esporádicas por pessoa diversa à acordada, valendo ressaltar que essa substituição pontual do prestador do serviço não constitui contrato de emprego, mas sim ajuste contratual.

2.1.3. Subordinação

Outrossim, a subordinação representa o terceiro tópico a ser materializado na relação de emprego para validação do vínculo jurídico empregador-empregado. A fim de analisar o escopo principal do presente estudo, têm-se o critério da subordinação como um dos centrais na discussão da natureza do vínculo nas relações vivenciadas no âmbito das plataformas digitais (tema que será melhor compreendido no tópico 4).

Doutrinariamente, percebe-se que o conceito de subordinação, aplicado na legislação vigente, configura-se atualmente como um problema a ser resolvido, por conta do caráter tênue que distingue a presença desse elemento nos contratos de emprego atuais. Contudo, existe a necessidade, ainda latente, de uma conceituação tradicional dessa questão.

Por isso, toma-se análise de Carlos Henrique Bezerra Leite (2019, p. 249), que diz que a subordinação não significa que o empregado é dependente do empregador mas, por outro lado, a atividade laboral é que se subordina e fica sujeita ao poder diretivo (tema especificamente delimitado no tópico 2.2.3). No mesmo

sentido, Luciano Martinez (2019, p. 263) confere, na subordinação, a característica de ser direito do tomador de serviços a determinação de tempo e modo de execução do que foi contratado. Em suma, cabe ao empregado a posição de respeitar as ordens e executá-las na forma e espaço de tempo ordenados pelo empregador.

Dentro da mesma ótica, Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2020, p. 143-144) faz a determinação de subdivisões da característica subordinativa, divisões estas que merecem um contorno breve a título de aprofundamento do termo “subordinação”, como inerente a um contrato individual de emprego; o autor realiza a seguinte divisão: subordinação jurídica, econômica, social, técnica e hierárquica.

Primordialmente, confere à subordinação jurídica a única divisão essencial para caracterizar a relação de emprego, sendo, portanto, a que se refere exclusivamente ao modo de o empregado prestar os serviços ao empregador, definição alinhada com as previamente expostas de diferentes doutrinas.

Ainda mais, classifica como subordinação econômica a de que o empregado estaria economicamente subordinado ao empregador; a subordinação social significa o empregado estar em posição inferior ao empregador; a técnica indica o empregador em posição superior ao empregador em relação ao conhecimento técnico exigido; e, por fim, a hierárquica, no sentido de que o empregado estaria inserido na hierarquia da instituição da empresa. Vale ressaltar, entretanto, que tais características não precisam estar presentes para que se caracterize a relação de emprego, devendo-se focar apenas na subordinação jurídica.

Por conta do presente trabalho, faz-se de suma importância a apresentação de doutrina constituída em vista das novas formas de organização do trabalho. Nessa linha, vem a tona a relevância do conceito de subordinação estrutural, em que a subordinação é

reconhecida quando o empregado desempenha atividades que se encontram integradas à estrutura e à dinâmica organizacional da empresa, não se exigindo mais a subordinação clássica, em que se verificavam ordens diretamente emanadas do empregador (GARCIA, 2020, p. 144).

2.1.4. Não eventualidade

O quarto elemento que deve se fazer presente para evidenciar uma relação de emprego é a não eventualidade, em outras palavras, a habitualidade com que se presta determinados serviços. Sob uma perspectiva direcionada à visão do empregador, a habitualidade seria prestar permanentemente os serviços necessários aos seus objetivos (GARCIA. 2020, p. 143).

Em outra perspectiva, Carlos Henrique Bezerra Leite (2019, p. 249), analisa a ineventualidade levando-se em conta um espaço de tempo, assim sendo, um trabalho realizado esporadicamente não tipifica o vínculo empregatício.

Como conclusão, a não eventualidade é bem definida a partir da aferição acerca da imprevisibilidade de repetição (MARTINEZ, 2019, p. 259), conceito que limita o trabalho não eventual como sendo aquele que, finda uma prestação de serviços, pode-se prever que haverá repetição. Exemplificando, quando se toma um empregado que deve produzir semanalmente relatórios ao empregador, será ineventual o trabalho em que, finda a entrega de um, pode-se prever que haverá continuidade nas entregas semanais.

2.1.5. Oneroso

Por último, a CLT prevê que toda relação de emprego tipificada deve conter contraprestação de caráter oneroso, isto é, todo trabalho deve ser realizado mediante uma remuneração (GARCIA, 2020, p. 144). Dessa forma, infere-se que a remuneração devida deve ser paga diretamente do empregador ao empregado, presente mesmo que não tenha havido a quitação integral das parcelas devidas, encontrando-se o empregador inadimplente, mas caracterizando vínculo.

2.2. O empregador

Sob enfoque distinto, surge o empregador, no polo contrário ao empregado dentro da relação jurídica de emprego. Nesse sentido, contrariamente ao prestador de serviços, o tomador é ente hipersuficiente nesse tipo de vínculo e, portanto, possui condições materialmente aferidas de desequilibrar a relação de emprego.

Por isso, a dissenso do que emprega a opinião popular, o Direito do Trabalho não “prioriza” o empregado mas, de outra forma, atua apenas como mecanismo de equilíbrio nas relações e tem positivado no aludido art. 2º da CLT os seus requisitos, ressaltando o seu §1º, que diz: “Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados”.

Portanto, o empregador é qualquer pessoa de direito, ou ente despersonalizado que contrate empregado, mantendo relações jurídicas com este, ou seja, se utilizando dele para consecução de seu

objetivo social (GARCIA, 2020, p. 348), enquadrados também os empregadores por equiparação (LEITE, 2019, p. 373).

Para melhor caracterizar o sujeito do empregador, adota-se neste estudo, também, a conceituação de pontos controvertidos quanto à sua figura, pontos estes que se encontram no centro de problemas atuais que gravitam sobre sua órbita, quando se toma por base o trabalho dentro das plataformas digitais. Sendo assim, faz-se necessária uma abordagem mais aprofundada quanto à propriedade dos meios de produção, a assunção dos riscos do empreendimento e o poder de gerência.

2.2.1. Propriedade dos meios de produção

Sobre essa visão, inserida na temática da relação empregador-empregado, têm-se que, associado também à ideia do profissional liberal, o empregador deve ser o proprietário dos meios de produção responsáveis pela consecução do objetivo do empreendimento; caso contrário, com o trabalho exercido por agente que detém a propriedade dos próprios meios de produção, haveria o enquadramento de tais sujeitos no âmbito do trabalho autônomo.

Sendo assim, vê-se que os meios de produção são aqueles utilizados essencialmente para realização da atividade econômica e, destarte, a propriedade deles constitui-se como elemento de suma importância dentro da caracterização de um sujeito como empregado ou trabalhador autônomo, posto que a essência do vínculo jurídico de emprego está no caráter subordinado, em que restaria pouco sentido em se subordinar a alguém quando se possui os meios de produção necessários para alcançar o objetivo social.

2.2.2. Assunção dos riscos do empreendimento

Na mesma linha, assim como deter a propriedade dos meios de produção, cabe ao empregador assumir os riscos do empreendimento, incluso todos os riscos inerentes à atividade econômica exercida. Tal característica se dá a partir da exegese do próprio artigo 2º da CLT. Ademais, Carlos Henrique Bezerra Leite (2019, p. 399) e Luciano Martinez (2019, p. 258) apontam, doutrinariamente, a visão da Consolidação, dando a essa característica o nome de alteridade, já que o trabalho prestado é por conta alheia, então, não está o empregado intrinsecamente relacionado à expectativa de ganhos do empregador.

Como resultado, os frutos da atividade econômica são todos do tomador, por exploração do trabalho alheio; no entanto, o fracasso da atividade não desobriga o empregador a arcar com as obrigações trabalhistas devidas ao empregado, que não pode assumir os risco da atividade patronal pois isso se constituiria como uma omissão do Direito do Trabalho à hipossuficiência que tal hipótese geraria.

2.2.3. Poder de gerência e espécies

Encerrando a temática das conceituações doutrinárias, encontra-se o poder de gerência exercido pelo empregador frente ao empregado, que se subordina às ordens do primeiro. Esta questão, na temática das plataformas digitais, como será abordado subsequentemente, gera como consequência uma dissidência doutrinária; no entanto, cabe ao presente momento apontar a posição tradicional sobre o assunto.

À primeira vista, o poder de direção nada mais seria que a autorização legal dada ao empregador de organizar, controlar e disciplinar a prestação de serviços pelo empregado, a qual ocorre de

forma subordinada (MARTINS, 2012, p. 216-220). Entretanto, lembra-se que o poder de direção não é exercido de forma ilimitada, cabendo à lei coibir os abusos com restituição de caráter moral e/ou material (GARCIA, 2020, p. 375).

Sérgio Pinto Martins (2012, p. 216-220), procura conceituar uma fundamentação para a natureza do poder de direção e, ao presente artigo, cabe ressaltar a, apontada por ele, como de maior aceitação doutrinária. Para tal, o aludido autor indica que a fundamentação para o exercício do poder de direção é de ordem jurídica, ou seja, a existência do contrato de emprego autoriza o empregador a exercer o seu poder de direção.

Após breve explicação, cabe, por fim, subdividir o poder de gerência do empregador, conceitos estes utilizados por Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2020, p. 376-377). São eles: Poder de organização; Poder de controle e Poder disciplinar.

Por poder de organização, entende-se que é o direito do empregador de organizar seu empreendimento, dessa forma, ele está autorizado a distribuir e determinar funções a serem exercidas, bem como resoluções sobre horário e local de trabalho.

Quanto ao poder de controle, verifica-se que é autorizado ao empregador a atividade de gerenciamento do labor dos empregados, em linhas gerais, o empregador, incumbido de poder de controle, pode fiscalizar a obediência das normas determinadas pelo poder de organização, atuando como verdadeiro gerente da atividade laboral exercida pelos prestadores de serviços.

Em última instância, a análise do poder disciplinar gira em torno da capacidade do tomador de serviços de aplicar as penalidades necessárias aos empregados que tiverem atitude diversa da determinada, não observando ordens ou as cumprindo em local e/ou prazo diferente do estabelecido.

3. O SURGIMENTO DA UBER E SUA CONVERSÃO EM REFERÊNCIA COMO MODELO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NA CONTEMPORANEIDADE

Após exposição doutrinária e legal acerca das disposições trabalhistas do Direito brasileiro, faz-se importante discorrer acerca da história, em específico, da Uber e de seu posicionamento no mercado.

Nesse sentido, destaca-se que se trata de uma multinacional americana, fundada em 2009, que funciona como um aplicativo de transportes, responsável por possibilitar que o usuário encontre e contrate um motorista que esteja em sua região. Quanto a sua atuação no Brasil, a empresa iniciou suas atividades no país no segundo trimestre de 2014, restringindo-se, inicialmente, ao Rio de Janeiro e à São Paulo, chegando, gradualmente, à novas cidades e estados.

Sendo uma das pioneiras na área, a Uber passou por um considerável processo de expansão em todo o mundo, durante a segunda década do século XXI, ampliando suas áreas de atuação ao mesmo tempo em que o número de motoristas inscritos e o montante de investimento destinados à empresa aumentavam.

Tal crescimento deu-se, em grande medida, pela conjunção de dois fatores: a elevação vultuosa do número de desempregados – tendo como propulsores, no contexto global, a crise financeira de 2008 e, no âmbito nacional, a crise econômica e política na qual o país entrou em 2015 – e a facilidade no uso do aplicativo (tanto para os trabalhadores, quanto para os consumidores).

Assim, uma considerável massa de desempregados encontrou na Uber uma forma de geração de renda quase que instantânea. Para o motorista, então, bastava o preenchimento de um simples cadastro para que pudesse começar a trabalhar e receber. Já para o consumidor, como o próprio *slogan* da empresa dizia (“Tap a button, get a ride”),

bastava clicar em um botão na tela de seu *smartphone* para acionar um motorista, a custos, muitas vezes, menores do que os ofertados no convencional serviço de táxi.

Por fim, seus altos índices de adesão e sua rápida expansão e consolidação a nível mundial contribuíram para que se tornasse uma empresa avaliada em dezenas de bilhões de dólares. Isso, somado a seu conceito simplificado de fornecer o meio (o aplicativo) para conectar as partes da relação de consumo (nesse caso, o motorista e o usuário), fez com que a Uber se tornasse referência para os modelos de negócio emergentes, advindos, como ela, da revolução digital.

4. A UBER COMO INTERMEDIADORA ENTRE CLIENTE E MOTORISTA: A IDEIA DO TRABALHO AUTÔNOMO

Dentro desse contexto, tratar-se-á agora da forma como dá-se o funcionamento da Uber e qual sua ligação com o consumidor e, especialmente, com o motorista.

Ao acessar a versão brasileira do site da empresa, depara-se, na seção “como a Uber funciona”, com a seguinte alegação: “Nosso principal serviço é desenvolver tecnologias que conectem motoristas parceiros e usuários a qualquer hora”. Dessa forma, tanto em seu site, como em seu termo de uso e em suas defesas nos tribunais, a Uber adota o discurso de que é apenas uma empresa de tecnologia que faz a intermediação entre as partes de uma relação de consumo.

Com esse posicionamento, a Uber visa afastar a hipótese de que os “motoristas parceiros” sejam considerados seus empregados, procurando demonstrar o distanciamento de uma relação de emprego clássica nos moldes brasileiros, tal qual descrita no tópico 2 deste artigo.

Alegam, então, que os motoristas seriam profissionais autônomos, uma vez que deteriam ampla autonomia e flexibilidade de trabalho, sem que haja uma delimitação de sua jornada ou da quantidade de corridas. Propagam, nesse sentido, a ideia de que os trabalhadores seriam “empreendedores de si mesmos”, ou seja, de que eles seriam seus próprios chefes – o que é reforçado pela ausência física de um funcionário que os coordene diretamente –, aptos a fazer seus próprios horários e a definir qual será seu lucro.

Por outro lado, é preciso ter em mente que tal postura adotada pela Uber não é de toda inovadora. Em sua essência, segue a lógica da terceirização do trabalho, a partir da qual uma empresa atribuí a execução de uma ou mais de suas atividades para terceiros (sejam eles outras empresas ou empresários individuais). Com isso, visa-se, assim como ocorre com a Uber, reduzir a quantidade de empregados e, conseqüentemente, a quantidade de encargos trabalhistas.

4.1. Os riscos e as conseqüências

Por meio da estratégia supracitada, a Uber, de fato, afasta-se (ao menos em teoria) da imagem de empregador. Por conseguinte, exime-se da assunção dos riscos do empreendimento, exposta no item 2.2.2, e do fornecimento de garantias básicas ao trabalhador, responsabilidades inerentes, no Brasil, àquele que emprega.

No entanto, os riscos relacionados à atividade de trabalho continuam a existir. O que ocorre, na prática, é que eles não apenas seguem presentes como são agravados pela omissão da Uber, uma vez que são transferidos em sua totalidade ao motorista, que é a parte com menor capacidade de enfrenta-los (dispondo de menor aparato técnico, informacional e financeiro).

Desse modo, atraídos pela promessa de autonomia ou pela facilidade de obtenção de renda rápida, em meio a um cenário de desemprego em massa, os trabalhadores aderiram à proposta da empresa que, em um primeiro momento, parecia ser benéfica para todos. Todavia, com o tempo, as desvantagens começaram a eclodir.

Muitos, então, dependentes daquela fonte de renda, começaram a arcar sozinhos com a manutenção regular de seus veículos. Ademais, com a ênfase expressa de isenção total de responsabilidade da Uber (em seu termo de uso) por quaisquer incidentes que ocorram enquanto o motorista estiver em serviço, esses trabalhadores têm de lidar com o risco diário de serem assaltados ou mortos, cientes de que não haverá nenhum amparo da empresa à ele ou aos seus familiares caso isso se concretize.

Cabe, ainda, menção à possibilidade de acidentes de trânsito. Nesse caso, novamente, a Uber transfere todos os prejuízos para o motorista, de forma que, segundo a empresa, cabe a ele encarregar-se de eventuais reparos ao veículo e ser responsável pela saúde e integridade do cliente e transeuntes. Assim, objetiva, também, absolver-se de culpa na hipótese de abertura de um processo pelo usuário (ou terceiros) que venha a ser lesado com a conduta do motorista.

Portanto, amparada pelo argumento de que é apenas uma intermediadora entre o cliente e o motorista, a Uber não confere nenhuma garantia ao trabalhador, já que, segundo ela, este seria um autônomo. Com isso, na realidade, observa-se, uma inversão na lógica de trabalho, cabendo ao motorista incumbir-se de todos os infortúnios e desvantagens decorrentes da atividade produtiva – não sendo a ele sequer garantida uma renda mínima ou estabilidade –, enquanto a empresa continua lucrando em cima de seus esforços.

5. A UBERIZAÇÃO SOB A ÓTICA DO DIREITO DO TRABALHO

Considerando as exposições iniciais das condições de trabalho na plataforma digital em questão, nota-se que, apesar dos avanços tecnológicos proporcionarem maior flexibilização da relação trabalhista quanto a execução e organização do serviço, diferentes direitos são atingidos e descaracterizados em detrimentos da vigência do modelo.

Para analisar os impactos e desdobramentos da uberização, serão descritos alguns pontos controversos que tangem a atividade da plataforma, dispositivos da Consolidação das Leis de Trabalho (CLT) e o entendimento doutrinário. Para tanto, serão abordadas as condições nas quais se dinamiza o trabalho pelo aplicativo e qual a relação desse novo modelo com os conceitos tradicionais do direito do trabalho.

Deste modo, à luz do princípio da primazia da realidade, será suscitada a compatibilidade dos fatos concretos da relação Uber e motorista com as principais características da relação de emprego presentes na CLT, apontando os traços fundamentais para identificação do empregado e empregador. Por fim, concluir-se-á acerca da remodelação do mercado e suas novas estruturas.

5.1. A uberização do trabalho inserida no princípio da primazia da realidade

Quanto ao princípio da primazia da realidade, está pautado no “mandamento nuclear protetivo” que resguarda a prevalência da realidade dos fatos sobre cláusulas contratuais ou registros documentais que, eventualmente, divergem da materialidade

transcorrida. Deste modo, esvazia a tentativa de “mascarar a verdade, uma vez que se dará prevalência ao que efetivamente existiu” (MARTINEZ, 2019, p. 189). Em miúdos, discorre sobre o consenso jurídico acerca da prevalência dos fatos concretos da realidade em relação aos dispositivos contratuais, mesmo que destoantes.

Portanto, o princípio supra atende tanto a interesses do empregado como do empregador. Entretanto, fato é que, pela hipossuficiência, o empregado está mais sujeito a acordos contratuais que o prejudique por não representarem eventuais explorações do trabalho. Nesses casos, de acordo com a primazia da realidade, há de se considerar a inverossimilhança do contrato com a relação travada.

Visto o conceito e aplicabilidade do princípio, questiona-se assertivas da plataforma digital sobre a própria atividade no tocante à relação com seus motoristas.

5.2. O vínculo com os arts. 2 e 3 da CLT

Os artigos 2º e 3º da CLT tratam das características, respectivamente, do empregador e empregado. O tema fora trabalho a fundo anteriormente no item 2 e, neste ponto, serão suscitados os traços mais marcantes para identificação da relação de emprego para abordá-los em paralelo ao modelo de trabalho da Uber.

5.2.1. Empregado

Os aspectos atribuídos ao empregado são: ser pessoa física; cumprir as tarefas em caráter personalíssimo; não eventualidade da atividade; subordinação à empresa e onerosidade do seu serviço.

O empregado deve ser pessoa física e deve realizar a atividade funcional em caráter personalíssimo. Dessa questão, não há dúvida da

presença dos dois critérios no exercício da atividade na plataforma digital. No caso, o motorista precisa fazer um registro no sistema apresentando documentos, imagens e habilitações necessárias para executar a função.

Passado o procedimento eletivo, o trabalhador utiliza somente a conta própria para realizar as corridas sob pena de suspensão ou, até mesmo, rompimento do contrato com a Uber. O controle ocorre por meio de eventuais solicitações de foto do rosto do motorista, averiguando a imagem enviada com os dados do sistema, e pela acusação de passageiros que são orientados a verificar se o motorista do carro é compatível com o apontado no aplicativo. Portanto, entende-se que o caráter personalíssimo está presente na relação plataforma e motorista.

Partindo à análise da não eventualidade do exercício da função, há controvérsias no tema devido à flexibilização do horário e jornada de trabalho, pois o próprio motorista que regula e organiza essa parte sem consequência direta, ou seja, ele não perde o cadastro independentemente do tempo ausente. Entretanto, sofre uma queda na fila de priorizados do aplicativo quando retomada às atividades, visto que o sistema dá preferência aos motoristas com maior frequência de corridas – como um incentivo aos trabalhadores.

Por outro lado, tratando a possibilidade de enquadrar a não eventualidade do trabalho, adota-se a teoria dos fins do empreendimento. De acordo com esta, toda prestação de serviço que realize a finalidade principal da empresa é considerada trabalho contínuo e, portanto, a eventualidade está caracterizada pela realização de serviços acessórios aos fins da empresa. Destarte, apesar da titulação da Uber como empresa de tecnologia, por meio do princípio da primazia da realidade, pode-se concluir que o motorista

realiza a finalidade da empresa de prestação de serviço de transporte. Nesse sentido, não haveria eventualidade.

Em relação à existência da subordinação, as conclusões são distintas de acordo com o enfoque dado ao assunto. Da mesma forma que ocorre com a não eventualidade, aponta-se que a subordinação não existe uma vez que o motorista tem autonomia para organizar seus horários e decidir quando trabalhar. Todavia, a liberdade advinda com essas condições não exclui o exercício do poder de gerência por parte do aplicativo que subordina o motorista; nota-se a presença do controle administrativo e organizacional do serviço na realização da atividade.

O controle ocorre através do cálculo dos valores das corridas e escolha dos passageiros a partir dos algoritmos do sistema que pondera a disponibilidade de motoristas e a procura dos passageiros. Vale ressaltar que essa atuação se dá sem a interferência do motorista – este tem ciência do passageiro e destino somente após aceitar o serviço e tem conhecimento do valor a ser renumerado só depois do término da corrida. Nessa visão, contata-se a subordinação do trabalhador às ordens do aplicativo.

Por fim, recorre-se à onerosidade do trabalho realizado. Em suma, o aplicativo precifica o serviço e alega que retira parte do valor recebido pelo motorista por conectar os polos de interesses complementares. Tal assertiva afere que o motorista não é renumerado pelo aplicativo, mas sim pelo passageiro. Não obstante, dispondo do princípio da primazia da realidade, outra análise inverte a lógica e identifica que a Uber retira certo percentual de cada corrida e repassa o valor restante, ou seja, recebe o valor do passageiro e, depois, repassa ao motorista. Neste contexto, a plataforma seria receptora do valor do serviço por meio da destinação imediata dos frutos do trabalho e responsável pela renumeração do trabalhador.

5.2.2 Empregador

Focando a análise no empregador, deve-se suscitar o exercício do poder de gerência, a propriedade dos meios de produção e a assunção dos gastos.

Ressaltando o poder de gerência, em suma, é a subordinação do empregado à organização, controle e disciplina advinda do empregador sobre o serviço prestado – de certa forma, busca padronizar as prestações da empresa consoantes com os objetivos sociais e econômicos. Diante disso, retoma-se algumas características do aplicativo Uber que denotam traços de poder de gerência sobre a atividade dos motoristas.

Dentre as características, nota-se a imposição da Uber sobre as corridas dos motoristas uma vez que afere os preços de acordo com a análise da oferta e demanda da região, escolhe os passageiros a serem atendidos e colhe avaliações do serviço prestado as quais não são transmitidas aos motoristas – visa analisar a qualidade do serviço prestado em nome da empresa.

Portanto, observa-se a configuração de um controle sobre a atividade sem a participação do prestador que não precifica o trabalho, não escolhe a clientela e não tem as avaliações do próprio serviço. Além disso, se não atendidas as qualificações do padrão estabelecido pelo aplicativo, aplica-se punições como suspensão do motorista por certo período e, em certos casos, a relação é rompida unilateralmente.

Outrossim, como modo de incentivo ao trabalho contínuo e extração do potencial máximo de prestação de serviço, a plataforma engendra um sistema que utiliza de design, técnicas e pensamentos de jogos, fenômeno denominado gamificação. No caso, as corridas disponibilizam pontos aos motoristas que, ao atingirem determinada quantia, podem adquirir descontos a serem utilizados, por exemplo,

em universidades e academias. Há, também, a estratificação entre os motoristas pelos níveis Ouro, Platina e Diamante, e, de acordo com o nível, mais bonificações são captadas. Nota-se que essa estrutura fomenta a obtenção de rasos benefícios pelos motoristas em detrimento da exploração do serviço. Destarte, exerce, indiretamente, um controle sobre a prestação.

Entretanto, a atuação do poder de gerência não se limita apenas à organização do serviço, abrange questões de conduta e vestimenta dos motoristas. As recomendações buscam adequá-los ao padrão de serviço do aplicativo e o controle é exercido por meio das avaliações, observando as notas e suas motivações que servirão de parâmetro para priorização nas indicações das corridas.

Posto isto, é evidente a subordinação estrutural do motorista em relação ao poder de gerência do aplicativo, mesmo que o controle se dê de forma tênue. Entretanto, para identificar a subordinação citada basta a “inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento” (DELGADO, 2014, p. 306).

Quanto à propriedade dos meios de produção, primeiramente, deve-se ressaltar que é o elemento fundamental para se alcançar o objetivo da empresa e cumprir com a finalidade da prestação de serviço. Retomando a discussão, questiona-se qual seria, então, o meio de produção: o veículo de transporte ou o sistema que interliga os polos de interesse? Contudo, de fato, tanto os veículos quanto o sistema são necessários para a prestação do serviço.

Em se tratando do veículo de transporte como o meio de produção, os motoristas seriam os proprietários. A ideia alude ao veículo como o elemento principal para que o transporte do passageiro seja realizado e, deste modo, como os veículos não são

disponibilizados pelo aplicativo e são cadastrados no sistema pelos trabalhadores, a Uber não teria a propriedade dos meios de produção.

De modo contrário, o sistema disponibilizado pela plataforma digital pode ser considerado o objeto fundamental para o serviço de transporte haja vista a função de interligar os polos, identificando as condições mais adequadas de acordo com os algoritmos, e de administrar a atividade, controlando o preço e viagens. Consoante com o exposto, a Uber seria proprietária dos meios de produção.

Por fim, debruçando-se sobre a assunção dos gastos, trata, em suma, de assumir possíveis prejuízos e riscos advindos do exercício da atividade. No caso, a plataforma digital não se incumbe de despesas, consertos e seguros. Portanto, em eventuais imprevistos, os motoristas são encarregados a cumprir com os gastos sendo responsáveis pela manutenção e restauração de acordo com a própria condição financeira.

5.3. A remodelação do mercado e a real necessidade de tutela

Dadas as considerações sobre a uberização do trabalho em paralelo com o entendimento tradicional, observa-se que, apesar da nova estruturação, a atividade ainda resguarda diversos traços previstos na CLT. Vale ressaltar que o novo modelo vem ganhando cada vez mais espaço no mercado, atingindo outros setores de serviço por meio de diferentes plataformas digitais.

A expansão se justifica devido à redução de gastos por parte da empresa, aumentando o lucro, e a maior flexibilização da relação e contrato no que tange a organização e disponibilidade do trabalhador. Nesse sentido, há certa convergência de interesses dos envolvidos. Entretanto, o problema está em determinadas consequências dessa moldura. O corte de gastos e a flexibilização estão interligados à

redução da seguridade e proteção de direitos trabalhistas, possibilitando maior exploração dos hipossuficientes nas atividades do mercado.

De todo o contexto, fato é que a chegada das plataformas digitais no mercado de trabalho é inevitável e já desestabiliza os conceitos tradicionais. Portanto, cabe a movimentação jurídica no âmbito trabalhista para remodelar as estruturas do direito ao cenário hodierno, zelando pelas condições de trabalho e tutelando pelos hipossuficientes. O desafio é compatibilizar os avanços do mercado com os direitos trabalhistas.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, valendo-se dos fatos e suas respectivas fundamentações, fica evidente que há uma lacuna no direito trabalhista em relação a nova modalidade do mercado com a uberização do trabalho. Fato é que o impasse é grande e exige diligência na construção de respostas ao problema. Muito se discute sobre a inclusão da relação Uber e motorista nos artigos 2º e 3º da CLT, entretanto, aborda-se a necessidade de legislação específica contendo as novas estruturas.

Como visto quanto à compatibilidade do conceito tradicional da relação de trabalho com a questão da plataforma digital em voga, algumas das várias atribuições necessárias para se identificar o empregado e empregador geram controvérsia de acordo com o prisma utilizado na análise. Portanto, diversos pontos não foram pacificados no meio jurídico. O debate suscita se há subordinação do motorista ao aplicativo; não eventualidade da atividade desempenhada; onerosidade do serviço com renumeração do motorista pela

plataforma; exercício do poder de gerência e detenção dos meios de produção pela Uber.

Portanto, a associação entre os modelos não é um resultado satisfatório que encerra a questão - mesmo que, à luz do princípio da primazia da realidade, possa ser aceita, em determinados contextos, de acordo com as ponderações dos fatos concretos. Neste sentido, é de responsabilidade do direito trabalhista trazer diferentes alternativas ao embaraço.

Diante do empecilho, a proposta de uma nova legislação que discorra sobre as especificidades do modelo advinda da uberização do trabalho se mostra cabal para solução. Seguindo a opção por um projeto de lei, deve-se atentar à regularização do trabalho conforme as flexibilizações contratuais e de jornada, além das reduções de gastos pela empresa, ou seja, considerar as características pilares do modelo.

Nessa linha, para uma resposta às problemáticas específicas da relação, as diretrizes basilares da nova norma devem abordar garantias básicas dos envolvidos, ajustar as assimetrias presentes e compartilhar, proporcionalmente, os riscos da atividade. Dessa forma, é mister salientar a importância do tratamento das questões de descanso, de salário mínimo, de saúde, de fundos, e demais ferramentas que garantam uma boa condição para o exercício do trabalho. Tudo isso deve ser analisado e calculado de acordo com as horas dedicadas pelo motorista, com variações harmônicas ao tempo investido no serviço. Vale ressaltar que a intervenção há de manter os interesses convergentes entre os polos que se interligam.

Por último, frente às inovações advindas com um projeto de lei, haverá a modificação de termos, estruturas e previsões dos vínculos e comportamentos até então consolidados no direito do trabalho. Por isso, a discussão é penosa e deve ser ampla para englobar os pontos positivos que contribuem e rechaçar os pontos negativos que

travam o avanço da produção de bens e prestação de serviços; além de considerar novas ideias. À vista disso, almejando a proteção e tutela dos hipossuficientes na relação, desenvolver-se-ia o desafio de sopesar o desenvolvimento do mercado sem prejuízos trabalhistas.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Kleber Soares. Análise da relação contratual dos motoristas da empresa Uber sob o prisma dos elementos que caracterizam a relação de emprego no direito do trabalho. Revista Jus Navigandi, Teresina, 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64583>>. Acesso em: 3 jun. 2020.

CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 9ª ed. São Paulo: Método, 2014.

CESARINO JUNIOR, Antônio Ferreira. Direito social. São Paulo: LTr, 1980.

COELHO, E. D.; ANDRADE, H. R.; TEIXEIRA, M. O (orgs.). Precarização e terceirização: faces da mesma realidade. São Paulo: Sindicato dos Químicos-SP, 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 13ª ed. São Paulo: LTr, 2014.

FERRER, W. M. H.; OLIVEIRA, L. J. Uberização do trabalho sob a ótica do conceito de subordinação estrutural. Revista DIREITO UFMS, v. 4, n.1, p. 177-194. Campo Grande, 2018.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Manual de Direito do Trabalho. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Manual de Direito do Trabalho. 13^a ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito do trabalho. 11^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 28^a ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 10^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. 10^a ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. 19^a ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NUNES, Ana Flávia Paulinelli Rodrigues. As relações de trabalho e as plataformas digitais: entre discurso e verdades. Revista do curso de Direito UNIFOR-MG, Formiga, v. 9, p. 74-92, 2018.

REDINHA, Maria Regina Gomes. II Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias: O Teletrabalho. s. ed.

UBER. Brasil - Termos de Uso. Disponível em: <<https://www.uber.com/legal/pt-br/document/?name=general-terms-of-use&country=brazil&lang=pt-br>>. Acesso em: 3 jun. 2020.

UBER. Requisitos para os motoristas parceiros. Disponível em: <<https://www.uber.com/br/pt-br/drive/requirements/>>. Acesso em: 3 jun. 2020.

A NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA “UBERISTA”

THE NATURE OF THE "UBERIST" LEGAL RELATIONSHIP

*Everton Caldas Silveira*⁴⁹³

*Edilton Meireles*⁴⁹⁴

RESUMO

O presente artigo é fruto da pesquisa sobre a natureza da relação jurídica firmada entre a UBER e o motorista. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica nacional e estrangeira de legislações, jurisprudências, doutrinas e trabalhos científicos relacionados ao tema. Inicialmente, apresentou-se a estrutura da relação mantida pelo trabalhador “UBERISTA”. Adiante, delineou-se os aspectos da natureza da relação jurídica sob a égide legal, jurisprudencial e do direito comparado. Por último, concluiu-se que diante da análise dos requisitos caracterizadores da relação de emprego e do princípio da primazia da realidade fática a relação firmada entre UBER e Motorista é considerada empregatícia.

⁴⁹³ Graduando em Direito pela Universidade Federal da Bahia – Faculdade de Direito. Membro do Núcleo de Competições Internacionais da UFBA. Ex-Presidente da Sociedade de Debates da UFBA. Ex-membro do corpo editorial da Revista da FDUFBA. Estagiário do Juizado Especial Federal – 1ª Região – Seção Bahia. Bolsista de Iniciação Científica (PIBIC/CNPQ). evertoncsilveira@gmail.com

⁴⁹⁴ Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Desembargador do trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, professor adjunto da Universidade Católica do Salvador (UCSal) e professor associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). edilton_meireles@uol.com.br

Palavras-chave: Direito Trabalhista. UBER. Motorista. Relação Jurídica.

ABSTRACT

This article is the result of research on the nature of the legal relationship established between UBER and the driver. The methodology used was the national and foreign literature review of laws, jurisprudence, doctrines and scientific works related to the theme. Initially, the structure of the relationship maintained by the worker “UBERIST” was presented. Ahead, the aspects of the nature of the legal relationship under the aegis of law, jurisprudence and comparative law were outlined. Finally, it was concluded that considering the requirements that characterize the employment relationship and the principle of the primacy of factual reality, the relationship established between UBER and Driver is considered to be employment.

Keywords: Labor Law. UBER. Driver. Legal Relationship.

INTRODUÇÃO

Atualmente, é notável o impacto da tecnologia na área jurídica, sobretudo no direito de trabalho, com a insurgência de novas formas laborais. Diante disso, faz-se necessário que os intérpretes do direito busquem construir uma hermenêutica que acompanhe a evolução social, sem perder de vista os direitos e garantias conquistadas ao longo dos anos.

Neste cenário, este artigo busca compreender a natureza da relação jurídica estabelecida entre a UBER e seus motoristas, relação esta objeto de bastante controvérsia no campo jurídico.

Registre-se que não se pretende aqui analisar a legalidade do serviço prestado pelo aplicativo, mas sim a relação firmada pelo aplicativo.

Para tanto, procura-se apresentar a estrutura de funcionamento da UBER, o seu papel, e o papel do parceiro nos serviços realizados. Analisando as características do serviço prestado sob a égide da caracterização de autônomo e empregado.

Nessa toada, deve-se trilhar uma análise legal, doutrinária e jurisprudencial a fim de depreender a natureza da relação jurídica estabelecida pela UBER e seus motoristas, utilizando-se do método dedutivo com de revisão da literatura, interpretação de textos normativos e análise de decisões jurisprudenciais nacionais e estrangeiras.

1 ESTRUTURA DA RELAÇÃO MANTIDA PELO TRABALHADOR “UBERISTA”

Funcionando no Brasil desde 2014, a UBER é uma empresa americana que tem como característica providenciar e programar, via aplicativo de smartphone, a prestação de serviços “de transporte e/ou logística e/ou compra de certos bens com terceiros provedores independentes desses Serviços, inclusive terceiros fornecedores independentes de transporte, terceiros fornecedores independentes de logística e terceiros fornecedores independentes de bens, mediante contrato com a Uber ou determinadas Afiliadas da Uber (“Prestadores Terceiros”)⁴⁹⁵.

⁴⁹⁵ UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA. TERMOS E CONDIÇÕES. Disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/legal/terms/br/>> Acesso em: 15 set. 2019.

Esses serviços são divididos em categorias, que podem ser escolhidas pelos usuários conforme suas necessidades e desejos, quais sejam: UBER BLACK (serviço de transporte privado de luxo da UBER, que possuem carros SUV e sedan de 5 lugares com ar condicionado e bancos em couro, motoristas vestido com traje social, e água gelada e doces disponíveis para o passageiro), UBERX (serviço de transporte privado comum da UBER, que possuem carros a partir de 2008 com ar condicionado), UBERBAG (serviço de transporte privado para clientes que queiram transportar grande quantidade de coisas ou bagagens), UBEREATS (o serviço de delivery de comida e compras da UBER), dentre outros⁴⁹⁶.

Segundo os termos e condições publicados no sítio oficial da UBER, em sua visão os serviços são disponibilizados para uso pessoal e não comercial. Dessa forma, a UBER reitera que não fornece bens, não presta serviços de logística ou transporte, apenas fornece plataforma tecnológica para que terceiros independentes e não representantes da UBER o façam. Por conseguinte, a UBER sustenta que não possui relação de trabalho com os motoristas parceiros do aplicativo, mas que haveria uma prestação de serviço por parte dela aos motoristas, que se utilizam de sua plataforma tecnológica para alcançar clientes para os serviços prestados a terceiros⁴⁹⁷. Nessa visão, a empresa UBER prestaria um serviço aos motoristas parceiros de modo que estes pudessem prestar seus serviços a terceiros.

Ressalte-se, no entanto, que a UBER impõe aos parceiros um código de conduta, ainda que assegurando liberdade quanto a jornada

⁴⁹⁶ UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA. CATEGORIAS DA UBER. Disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/blog/categorias-da-uber/>> Acesso em: 15 set. 2019.

⁴⁹⁷ UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA. TERMOS E CONDIÇÕES. Disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/legal/terms/br/>> Acesso em: 15 set. 2019.

de trabalho a ser executada. Deve-se registrar, ainda, que é a UBER que fixa o preço do serviço a ser prestado pelo parceiro, não tendo este qualquer ingerência sobre ele e só o conhecendo ao final da corrida, quando também há avaliação do parceiro pelo usuário. Por fim, tem-se que o valor pago a UBER pelos parceiros é descontado dos serviços de transporte e não pagos à título de mensalidade pela utilização da plataforma⁴⁹⁸.

Outrossim, para tornar-se parceiro da UBER é necessário que o motorista tenha habilitação especial para exercer atividade remunerada como motorista (conhecido como registro EAR - “Exerce Atividade Remunerada”).

Ademais, para se tornar parceiro é imprescindível o cadastro no site da UBER. Esse cadastro exige o fornecimento pelo postulante a parceiro de seu nome, sobrenome, e-mail, número de telefone, senha de acesso, cidade, estado e código de identificação. Municada com esses dados, a UBER verificará os antecedentes criminais do candidato a parceiro. Em sendo aprovado, a UBER enquadra o veículo do parceiro na categoria adequada e dar-lhe instruções de uso⁴⁹⁹.

Conforme a análise do professor Rodrigo Carelli, depois de feito o cadastro, prepondera como perfil de cadastrado: o do sexo masculino, com idade de 31 a 40 anos, que possui ensino médio completo e trabalha de 45 a 60 horas por semana. Além disso, percebe-

⁴⁹⁸ DELATE, Raiza Moreira. *A dignidade do trabalhador e as novas formas de exploração do trabalho humano: A relação Uber X Motorista*. *Revista Eletrônica da Ordem dos Advogados Brasileiros – Rio de Janeiro*. Set. 2017. Disponível em: <<http://revistaelectronica.oabrj.org.br/wp-content/uploads/2017/09/Artigo-Revista-Eletronica-OABRJ-RAIZA-MOREIRA-DELATE.pdf>> Acesso em: 15 set. 2019.

⁴⁹⁹ UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA. COMO SE CADASTRAR NO UBER. Disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/blog/como-se-cadastrar-no-uber/>> Acesso em: 15 set. 2019.

se que, entre a grande maioria dos cadastrados, a UBER foi escolhida para complemento de renda de alguns, como “bico” ou ganha-pão, haja visto o cenário de desemprego estrutural e de crise econômica⁵⁰⁰. Típico labor da gig economy (economia de bico) ou freelance economy⁵⁰¹.

1.1. Caracterização

A estrutura da relação mantida pelo trabalhador uberista é extenuante e precarizada. No entanto, é comum que o primeiro contato com a UBER seja avaliado positivamente pelos parceiros. Isto se deve ao fato de que, na maioria das vezes, o ingresso na empresa vem após período de desemprego e, por conseguinte, de endividamento. Além disso, inicialmente, a UBER é encarada como uma atividade temporária, um bico, só então depois de um tempo passando a ser a fonte principal de renda do parceiro⁵⁰².

Quanto aos rendimentos obtidos, é bastante controverso, haja visto que além do ganho bruto diário, há gastos com manutenção do carro (manutenção ou aluguel, desgaste, IPVA, combustível, seguro,

⁵⁰⁰ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. O Caso Uber e o Controle por Programação: de carona para o século XXI. In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (Coords.). Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais. São Paulo: LTr, 2017. p. 132.

⁵⁰¹ BARBOSA JUNIOR, Francisco de Assis. Gig economy e contrato de emprego. Aplicabilidade da legislação trabalhista aos vínculos de trabalho da nova economia. São Paulo: LTr, 2019, p. 25.

⁵⁰² RAMER, Josiane, A economia compartilhada e a uberização do trabalho: utopias do nosso tempo? 2017. 129 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2017.

etc), pacote de dados de internet para acessar o aplicativo e recolhimentos previdenciários⁵⁰³.

No que atine ao teor do trabalho, em que pese a UBER afirme não haver exclusividade dos motoristas, estes são impedidos de captar usuários da UBER durante a viagem e lhes oferecer serviços particulares fora do aplicativo, o que gera a aparência de exclusividade⁵⁰⁴.

1.2. Conceito

Ludmila Costchek Abílio assevera que a uberização remete a uma nova fase de exploração do trabalho, que propugna mudanças qualitativas ao estatuto do trabalho, à configuração das empresas, assim como às formas de controle, gerenciamento e expropriação do trabalho⁵⁰⁵.

De outro modo, segundo Aimée Oliveira, há quem se posicione no sentido de que se trata de passo nas terceirizações que transforma o trabalhador em um empreendedor disponível ao trabalho, retirando-lhe garantias constitucionais e mantendo-lhe subordinado sob uma nova lógica, a por meio de algoritmos⁵⁰⁶.

⁵⁰³ SILVA, Aimée de Oliveira. *O motorista da Uber e a configuração da relação de emprego*. Monografia de Conclusão de Curso, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômica. Faculdade de Direito. Janeiro de 2017. Disponível em: < <https://pantheon.ufrj.br/handle/11422/6386>>. Acesso em: 04 de ago. 2019.

⁵⁰⁴ Ibidem

⁵⁰⁵ ABÍLIO, Ludmila Costchek. **Uberização do trabalho: subsunção real da viração**. Rio de Janeiro. 2017. Disponível em:

<<http://www.passapalavra.info/2017/02/110685>>. Acesso em 15 set. 2019.

⁵⁰⁶ SILVA, Aimée de Oliveira. *O motorista da Uber e a configuração da relação de emprego*. Monografia de Conclusão de Curso, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômica. Faculdade de Direito. Janeiro de

A estrutura da relação mantida pelo trabalhador uberista nos leva a uma ilusão de trabalho colaborativo desprovido de vínculo empregatício, como também, nos martela a ideia de uma oportunidade de sair da crise financeira e do desemprego pela economia compartilhada. Aliás é o que evidencia o próprio site da UBER, com o chamariz do empreendedorismo e a possibilidade de flexibilidade de horário de trabalho de vultuosos ganhos na UBER⁵⁰⁷.

Em um cenário econômico e de desemprego desolador, a UBER se firma como elo entre consumidor e trabalhador, ao mesmo tempo em que, dita as regras dos serviços do trabalhador, o percentual sobre o valor pago pelos clientes que deve ser repassado e em qual categoria deve se enquadrar o parceiro⁵⁰⁸.

2 NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA

A natureza da relação jurídica constituída entre o parceiro e a UBER torna-se questão controversa. Dessa forma, para analisá-la é necessário, inicialmente se aventurar pelos requisitos caracterizadores da relação de emprego.

2.1 Requisitos da Relação Empregatícia

O Art. 442 da CLT assevera que o “contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.”. Dessa forma, conforme a teoria contratualista, temos que a relação de emprego possui natureza de contrato, isto é, de

2017. Disponível em: < <https://pantheon.ufrj.br/handle/11422/6386>>. Acesso em: 04 de ago. 2019.

⁵⁰⁷ Ibidem

⁵⁰⁸ Ibidem

instrumento formado pela vontade de pactuar das partes. Deve-se dizer que para tanto, é necessário que se cumpra os requisitos que caracterizam a relação de emprego, quais sejam: pessoalidade, pessoa física, onerosidade e subordinação⁵⁰⁹.

Inicialmente, na lição de Carlos Henrique Bezerra Leite, o contrato de trabalho é intuitu personae e esta (pessoalidade) é conceituada pelo dever do empregado de prestar pessoalmente o trabalho, podendo, excepcionalmente, diante do consentimento tácito ou expresso do empregador, ser substituído por outro empregado. Além disso, registra Carlos Henrique Bezerra Leite que não há pessoalidade em relação ao empregador⁵¹⁰.

Outro requisito essencial é a chamada não eventualidade, que para Luciano Martinez pode ser vista como previsibilidade de repetição da atividade laboral pelo trabalhador. Assevera ainda este Autor que a realização de serviços em dias predeterminados da semana não ilide ao preenchimento do requisito de não eventualidade, isto porque nestas situações pode haver a previsibilidade da repetição⁵¹¹. No mesmo caminho discorre Mauricio Godinho Delgado que entende como trabalhador não eventual aquele que trabalha de

⁵⁰⁹ DELATE, Raiza Moreira. *A dignidade do trabalhador e as novas formas de exploração do trabalho humano: A relação Uber X Motorista*. Revista Eletrônica da Ordem dos Advogados Brasileiros – Rio de Janeiro. Set. 2017. Disponível em: <<http://revistaeletronica.oabRJ.org.br/wp-content/uploads/2017/09/Artigo-Revista-Eletronica-OABRJ-RAIZA-MOREIRA-DELATE.pdf>> Acesso em: 15 set. 2019.

⁵¹⁰ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito do trabalho, 11. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

⁵¹¹ MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho, 7. ed. — São Paulo: Saraiva, 2016.

forma repetida, nas atividades permanentes do tomador e a este fixado juridicamente⁵¹².

A respeito da onerosidade, Renato Saraiva preleciona que se trata da remuneração pelos serviços executados, isto é, o trabalhador se obriga a trabalhar e o empregador se obriga a remunerá-lo⁵¹³.

Por fim, a subordinação, considerada o elemento mais marcante para configuração da relação de emprego, na dicção de Carla Tereza Romar “é a sujeição do empregado às ordens do empregador, é o estado de dependência do trabalhador em relação ao seu empregador”. Afirma ainda que a subordinação é inerente a estrutura da relação jurídica de emprego na medida em que esta se baseia na transferência pelo emprego do poder de direcionamento do seu trabalho para o empregador⁵¹⁴.

Alice Monteiro de Barros acrescenta que este poder de comando empregador não precisa ser constante, nem se exige vigilância técnica continua dos trabalhos realizados. O importante é que haja a possibilidade do empregador dar ordens, comandar, dirigir e fiscalizar a atividade de seu empregado⁵¹⁵.

⁵¹² DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 273.

⁵¹³ SOUTO, Rafael Tonassi. SARAIVA, Renato. *Direito do Trabalho para concursos públicos*, 20. ed. – Juspodivm, 2018.

⁵¹⁴ ROMAR, Carla Teresa Martins. *Direito do trabalho Esquematizado*. 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

⁵¹⁵ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 268.

2.1.1 Relação Uberista no Contexto da Relação Empregatícia.

Maurício Nanartonis sustenta que a UBER preenche requisitos de uma relação empregatícia, como pessoalidade e subordinação⁵¹⁶. Indo ao encontro do entendimento esposado, José Eduardo Chaves acrescenta que a direção do trabalho, pela definição de preços, padrão de atendimento, forma de pagamento, recebimento e repasse de pagamento e centralização do acionante do colaborador para prestar serviços, como também, a aplicação de penalidades nas hipóteses de violação do código de conduta da UBER, ratificam a relação empregatícia UBER X PARCEIRO⁵¹⁷.

Noutra quadra, avalia que a total liberdade do motorista quanto a sua jornada de trabalho, que é extremamente flexível, pode ser um traço de trabalho autônomo, assim como, o fato dos meios de produção (veículo e o celular), pertencerem ao parceiro e não a empresa⁵¹⁸.

Dario Rabay refuta a possibilidade de configuração do vínculo empregatício. Para este Autor sendo o motorista o proprietário do automóvel, arcando com manutenção e despesas provenientes do transporte, aliado a assunção de riscos do próprio negócio, não há que

⁵¹⁶ KOURA, Kalleo. Uber enfrenta primeiros processos trabalhistas no Brasil. JOTA. 2016. Disponível em: <<http://jota.info/o-uber-e-lei-motoristas-vaio-justica-para-pleitear-vinculo-empregaticio>>. Acesso em: 15 set. 2019.19.

⁵¹⁷ CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende. Motorista do Uber poderá ser considerado empregador no Brasil. Migalhas. 2016. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI237918,41046-Motorista+do+Uber+podera+ser+considerado+empregado+no+Brasil>>.

Acesso em: 12 set. 2019.

⁵¹⁸ Ibidem

se falar em relação de emprego⁵¹⁹. Já Vólia Bonfim Cassar, tergiversando os entendimentos supra, diz que há grande controvérsia a respeito dos vínculos firmados entre a UBER e seus parceiros⁵²⁰.

No entanto, Rodrigo de Lacerda Carelli, a partir de larga pesquisa empírica, entende que ao mesmo tempo em que entrega autonomia ao trabalhador, a UBER impede essa liberdade pela programação. Isto pode ser constatado a partir das entrevistas realizadas junto ao parceiros-trabalhadores, que revelam que, em que pese estes se considerem autônomos, a UBER exercem sobre eles controle indireto sobre a quantidade de horas que devem realizar, fornece sugestões de vestuário, trato com o cliente e normas de conduta, bem como exerce o monitoramento dos serviços, via GPS, do tipo de direção exercida pelo motorista, quer dizer, se agressiva ou defensiva, sem esquecer o controle sobre os serviços prestados através das notas atribuídas pelos usuários do aplicativo. Rodrigo de Lacerda Carelli ainda destaca que caso os parceiros não consiga um número mínimo de corridas ou realize determinado número de cancelamento, é excluído da plataforma de serviço, o que enrobustece o caráter controlador do serviço pela UBER⁵²¹.

⁵¹⁹ RABAY, Dario. MARTINEZ, Aldo Augusto Martinez. Motoristas do Uber: empregados ou autônomos? Estado de S. Paulo. 2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/motoristas-do-uber-empregados-ou-autonomos/>>. Acesso em: 12 set. 2019.

⁵²⁰ CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

⁵²¹ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. O Caso Uber e o Controle por Programação: de carona para o século XXI. In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (Coords.). Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais. São Paulo: LTr, 2017. p. 130-146.

Ademais, ele ressalta que a maioria dos parceiros, em que pese tenha flexibilidade na jornada, a cumprem de modo determinado e extenso, pouco havendo folga. Na mesma linha, Alice Monteiro de Barros, entende que na medida em que o aplicativo possibilita o registro da jornada de trabalho, como controla a execução da prestação de serviços cerceia a livre iniciativa do empregado/parceiro⁵²².

2.2 Jurisprudência Brasileira

Essa questão, como era previsível, já alcançou os tribunais trabalhistas brasileiro. Algumas decisões podem ser mencionadas.

Assim, por exemplo, nos autos do processo n. 0011863-62.2016.5.03.0137 se conclui que não há relação empregatícia entre a empresa UBER e os trabalhadores. Isto porque, segundo o julgador, utilizando-se das lições de Mauricio Godinho Delgado, na UBER, o empregado se compromete a assumir o poder de direção empresarial na forma de realização de seus serviços, inclusive podendo exercer férias sem prévia comunicação a empresa, o que no seu entendimento ilide a subordinação. Além disso, prelecionou que o sistema de avaliação funcionava sem intervenção da UBER, ratificando a não subordinação do parceiro à UBER. Em reforço de argumento, ainda asseverou que o objeto social da UBER é de serviços de tecnologia e que não existe subordinação na relação entre as partes, porque o parceiro não integra a dinâmica do funcionamento da UBER⁵²³.

⁵²² BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

⁵²³ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. 37ª Vara do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Processo nº 0011863-62.2016.5.03.0137. Reclamante: Artur Soares Neto. Reclamadas: Uber Do Brasil Tecnologia Ltda., Uber International B.V. e Uber International Holding B.V. Sentença. Juiz: Filipe de Souza Sickert. Belo Horizonte, 20 de janeiro de 2017.

É esse o entendimento compartilhado pela 10ª Câmara do TRT-15, que afasta a caracterização da relação empregatícia, ante a ausência de imposição de normas de conduta e pela liberdade de recusa de viagens⁵²⁴.

Ademais, ainda endossa o entendimento supra, o TRT DA 10ª Região, que nos autos do processo de nº 0001995-46-2016-5-10-0111, declarou que o parceiro goza de total liberdade para exercer seu trabalho, sem que haja nenhum controle de horários ou ingerência da UBER, não havendo, portanto, subordinação entre as partes. Além disso, interpretou as informações enviadas pela UBER como meras sugestões de caráter informativo no interesse do próprio parceiro⁵²⁵.

Por outro lado, a 15ª turma do TRT-2, nos autos do processo 1000123-89.2017.5.02.0038, reconheceu a existência de vínculo de empregado entre UBER e o parceiro/motorista. Para Desembargadora Relatora há controle da concretização do serviço de transporte prestado pelo motorista, para ela a UBER se vale de meios indiretos para obter a disponibilidade máxima do motorista aos usuários, utilizando-se de incentivo para eles. Ademais, assevera que não há provas de que a UBER não imponha regras de conduta aos motoristas, como também a própria empresa revela que as avaliações realizadas

Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/justica-trabalho-fixa-motorista-uber.pdf>. Acesso em: 15 out. 2019.

⁵²⁴ CONJUR. Motorista não tem vínculo de emprego com Uber, afirma TRT-15. Revista Consultor Jurídico, 19 de janeiro de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-19/motorista-nao-vinculo-emprego-uber-afirma-trt-15>>. Acesso em: 15/09/2019.

⁵²⁵ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Vara do Trabalho de Gama do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Processo nº 0001995-46-2016-5-10-0111. Reclamante: William Miranda da Costa. Reclamadas: Uber do Brasil Tecnologia Ltda. Sentença: Tamara Gil Kemp. Gama, 18 de abril de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/uber-decisao.pdf>. Acesso em: 15 out. 2019

pelos usuários são preponderantes para manutenção do cadastro do parceiro, pelo que ela entende conformada a relação empregatícia⁵²⁶.

Na mesma Região, nos autos do processo nº 1001492-33.2016.5.02.0013, reconheceu-se o vínculo empregatício na UBER. Segundo o magistrado sentenciante, o requisito de pessoa física é preenchido na medida em que não há possibilidade de prestação do serviço por pessoa jurídica. Indo além, afirma que o trabalho do motorista é indubitavelmente de natureza pessoal, haja visto que a substituição de um trabalhador por outro, de forma indistinta, é vedada. Quanto a não eventualidade asseverou o juiz que deve ser analisada no caso concreto. Na análise da onerosidade, ponderou o juiz que não há mensalidade paga pelo parceiro a empresa, mas sim há um controle financeiro pela empresa e o repasse de valores ao parceiro/motorista pelo trabalho desenvolvido na atividade econômica da UBER. Por fim, quanto a subordinação o julgador pontua que “[...] a mão de obra do motorista é fator de produção na geração da mercadoria (serviço de transporte), cuja circulação propicia o excedente econômico à ré. Além disso, o preço do serviço final é estabelecido unilateralmente pela ré, cabendo ao motorista apenas a ciência do percentual que lhe caberá quando concluir a viagem que aceitar. Parece evidente que o empreendimento como um todo, o , é da empresa ré, e não do negócio motorista.”. Ressalta ainda

⁵²⁶ CONJUR. TRT de São Paulo reconhece vínculo de emprego entre Uber e motorista. In: Revista Consultor Jurídico, 27 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-27/trt-sao-paulo-reconhece-vinculo-emprego-entre-uber-motorista>>. Acesso em: 15 set. 2019..conjur.com.br/2018-ago-27/trt-sao-paulo-reconhece-vinculo-emprego-entre-uber-motorista>. Acesso em: 15/09/2019

que a taxa de cancelamento explana o caráter subordinado da relação⁵²⁷.

Em consonância, também seguiu o entendimento favorável a caracterização da relação empregatícia na UBER o julgado 0010570-88.2017.5.03.0180 da 42ª Vara do TRT-3. No que atine a personalidade, segundo o juiz, restou preenchida pela vedação do dono do veículo de ser substituído ou contratar terceiro para realizar o trabalho. Quanto a não eventualidade, decidi pela presença no caso concreto, haja visto que o autor se mantinha ativo continuamente. Ademais, ilidiu a condição de autônomo na medida em que esse mesmo diante da insatisfação de algum cliente pode continuar a exercer seu labor em relação ao demais, o que não acontece na UBER quando o parceiro/motorista é mal avaliado. Propugnou ainda que o parceiro/motorista da UBER não possui clientes próprios, sendo, em verdade, todos clientes da reclamada, pelo que reputou preenchida a subordinação do parceiro à UBER⁵²⁸.

⁵²⁷ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. 13ª Vara do Trabalho de São Paulo, TRT-2. Processo nº 1001492-33-2016-5-02-0013. Reclamante: FERNANDO DOS SANTOS TEODORO. Reclamadas: UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA, 2. UBER INTERNATIONAL BV e 3. UBER INTERNATIONAL HOLDING BV. Sentença: EDUARDO ROCKENBACH PIRES. São Paulo, 11 de abril de 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2017/04/Sentenc%CC%A7a-Uber.SP-V%C3%ADnculo.pdf>. Acesso em: 15 out. 2019.

⁵²⁸ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. 42ª Vara do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Reclamação Trabalhista nº 0010570-88.2017.5.03.0180. Reclamante: Herbert Paula Martins. Reclamado: Uber International B.V., Uber do Brasil Tecnologia Ltda. e Uber International Holding B.V. Juiz: Vitor Martins Pombo. Belo Horizonte, 12 de junho de 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/151368610/processo-n-0010570-8820175030180-do-trt-3>. Acesso em: 15 out. 2019.

2.3. Direito estrangeiro no caminho da definição

Visitando o direito estrangeiro, considerando as controvérsias jurisprudenciais, doutrinárias e legais brasileiras, o primeiro caso a se analisar é o CV13-3826, apreciado pela Corte do Distrito Norte da Califórnia. O juiz entendeu que os parceiros da UBER, em verdade, não são autônomos como alega a empresa. Para ele, a UBER criou uma plataforma tecnológica, porém é imprescindível a mão de obra humana para obter lucro. Segundo o magistrado a UBER não é só uma empresa de tecnologia, mas se trata de verdadeira empresa de transporte tecnologicamente sofisticada que conecta motoristas parceiros a usuários cadastrados. Deve-se registrar que a UBER recorreu da decisão causando grande impasse na resolução da demanda⁵²⁹.

Frise-se que na Califórnia foi sancionada uma lei⁵³⁰ que reconhece a relação de emprego mantida com a empresa UBER, a exceção de considerar como autônomos apenas pode ocorrer se a empresa demonstrar a concomitância de três requisitos⁵³¹. Quais

⁵²⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Califórnia. **District Court for the Northern District of California**. 2015. Disponível em: <<https://assets.documentcloud.org/documents/2328122/uber-class-action-chen-ruling.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2019.

⁵³⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Califórnia. Assembly Bill No. 5. CHAPTER 296. An act to amend Section 3351 of, and to add Section 2750.3 to, the Labor Code, and to amend Sections 606.5 and 621 of the Unemployment Insurance Code, relating to employment, and making an appropriation therefor. Approved by Governor September 18, 2019. Filed with Secretary of State September 18, 2019. Disponível em: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201920200AB5. Acesso em: 15 out. 2019.

⁵³¹ EXAME. Califórnia sanciona lei que considera motorista de uber como funcionário. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/negocios/california->

sejam: (a) a liberdade do trabalhador do controle e direção da empresa contratante, incluindo modo de execução do trabalho; (b) não relação dos serviços prestados com a atividade principal da empresa e (c) o trabalhador deve estar ordinariamente integrado em outra e independente ocupação, comércio ou negócio de mesma natureza do trabalho realizado⁵³². Registre-se que, especialistas afirmam que essa legislação irá se espalhar por outros estados americanos⁵³³.

Noutra quadra, deve-se revelar o grande amadurecimento da Inglaterra na questão. O Employment Tribunal reconheceu, em outro de 2016, que motoristas da UBER podem ser considerados empregados, tendo sido sua decisão confirmada, em novembro de 2017, pela Court Of Appeal⁵³⁴. As decisões congregam o entendimento de que a UBER tem como principal função ofertar serviços de transportes e, para tal, realiza vínculo de emprego com motorista. Ademais, asseveram que os parceiros não possuem poder de negociação de preço com os usuários da UBER, mas apenas com a própria UBER⁵³⁵.

sanciona-lei-que-considera-motorista-de-uber-como-funcionario/. Acesso em: 26 de setembro de 2019

⁵³² REVISÃO TRABALHISTA. Lei da Califórnia reconhece motoristas de aplicativos como empregados. Disponível em: <http://revisaotrabalhista.net.br/2019/06/02/lei-da-california-reconhece-motoristas-de-aplicativos-como-empregados/>. Acesso em: 15 de outubro de 2019

⁵³³ CONJUR. Califórnia cria vínculos empregatícios para motoristas de aplicativos. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-13/california-cria-vinculo-empregaticio-motoristas-aplicativos>. Acesso em: 13 de setembro de 2019

⁵³⁴ REINO UNIDO. Employment Appeal Tribunal. BAILII case number: [2017] UKEAT 0056_17_1011 Appeal No. UKEAT/0056/17. At the Tribunal On 27 & 28 September 2017 Judgment delivered on 10 November 2017. Disponível em: http://www.bailii.org/uk/cases/UKEAT/2017/0056_17_1011.html. Acesso em: 15 out. 2019.

⁵³⁵ BORGES, Liliana. Tribunal de Londres diz que motoristas do Uber são funcionários da empresa. **Estadão**, São Paulo, 10 nov. 2017. Disponível em: <http://link.estadao.com.br/noticias/empresas,tribunal-de-londres-diz->

De mais a mais, analisando tal decisum, Ana Frazão explana os aspectos utilizados pelo tribunal para justificar o vínculo de emprego entre a UBER e seus parceiros, são os seguintes:

“(i) o fato de a Uber entrevistar e recrutar motoristas; (ii) o fato de a Uber controlar as informações essenciais (especialmente o sobrenome do passageiro, informações de contato e destinação pretendida), excluindo o motorista destas informações; (iii) o fato de a Uber exigir que motoristas aceitem viagens e/ou não cancelem viagens, assegurando a eficácia desta exigência por meio da desconexão dos motoristas que violarem tais obrigações; (iv) o fato de a Uber determinar a rota padrão; (v) o fato de a Uber fixar a tarifa e o motorista não poder negociar um valor maior com o passageiro; (vi) o fato de a Uber impor inúmeras condições aos motoristas (como escolha limitada de veículos aceitáveis), assim como instruir motoristas sobre como fazer o seu trabalho e, de diversas maneiras, controlá-los na execução dos seus deveres; (vii) o fato de a Uber sujeitar motoristas, por meio do sistema de rating, a determinados parâmetros que ensejarão procedimentos gerenciais ou disciplinares; (viii) o fato de a Uber determinar questões sobre descontos, muitas vezes sem sequer envolver o motorista cuja remuneração será afetada; (ix) o fato de a Uber aceitar o risco da perda; (x) o fato de a Uber deter as queixas dos motoristas e dos passageiros; e (xi) o fato de a Uber se reservar ao poder de alterar unilateralmente os termos contratuais em relação aos motoristas”.

A partir disso, segundo Ana Frazão, concluiu o tribunal que o contrato firmado entre a UBER e seus parceiros não correspondiam a

realidade, haja visto que a relação entre as partes seria de emprego, tratando-se de verdadeira violação a primazia da realidade⁵³⁶.

CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto neste trabalho, buscou-se perquirir a existência ou não do vínculo empregatício entre os parceiros/motoristas e a empresa UBER através da análise dos pressupostos da Consolidação das Leis Trabalhistas, da fundamentação de decisões exaradas no Judiciário brasileiro e da visitação ao direito comparado.

Nessa toada, pode-se depreender que em que pese haja ainda muita divergência doutrinária e jurisprudencial, o melhor a se fazer é congregar o entendimento firmado pela Corte Inglesa e do TRT-2, que reconheceram o vínculo empregatício na UBER. Isto porque, essas decisões conseguem delinear com precisão o preenchimento dos requisitos da relação de emprego na relação UBER e motorista, quais sejam: subordinação, pessoa física, personalidade e não eventualidade. Ademais, conseguem observar que, em que pese a UBER tente se afastar da caracterização da relação de emprego, via contrato de parceria, a realidade fática vai de encontro a isso, visto que a aquela exerce controle quase total sobre a atividade laboral desenvolvida pelo motorista.

⁵³⁶ FRAZÃO, Ana. **A decisão do Reino Unido sobre os motoristas da Uber: o que ela ensina?** Disponível em: <https://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/401712481/a-decisao-do-reino-unido-sobre-os-motoristas-da-uber-o-que-ela-ensina>. Acesso em: 23 de agosto de 2019.

Pode-se, então, concluir que, diante do quadro fático da relação entre motorista/parceiros e a UBER, sem dúvida, resta presente o vínculo empregatício.

REFERÊNCIAS

ABÍLIO, Ludmila Costhek. Uberização do trabalho: subsunção real da viração. Rio de Janeiro. 2017. Disponível em: <<http://www.passapalavra.info/2017/02/110685>>. Acesso em: 15 set. 2019.

BARBOSA JUNIOR, Francisco de Assis. Gig economy e contrato de emprego. Aplicabilidade da legislação trabalhista aos vínculos de trabalho da nova economia. São Paulo: LTr, 2019.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010.

BORGES, Liliana. Tribunal de Londres diz que motoristas do Uber são funcionários da empresa. Estadão, São Paulo, 10 nov. 2017. Disponível em: <<http://link.estadao.com.br/noticias/empresas,tribunal-de-londres-diz-quemotoristas-do-uber-sao-funcionarios-da-empresa,70002079800>>. Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. 13ª Vara do Trabalho de São Paulo, TRT-2. Processo nº 1001492-33-2016-5-02-0013. Reclamante: FERNANDO DOS SANTOS TEODORO. Reclamadas: UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA, 2. UBER INTERNATIONAL BV e 3. UBER INTERNATIONAL HOLDING BV. Sentença: EDUARDO ROCKENBACH PIRES. São Paulo, 11 de abril de 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2017/04/Sentenc%CC%A7a-Uber.SP-V%C3%ADnculo.pdf>. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. 37ª Vara do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Processo nº 0011863-62.2016.5.03.0137. Reclamante: Artur Soares Neto. Reclamadas: Uber Do Brasil Tecnologia Ltda., Uber International B.V. e Uber International Holding B.V. Sentença. Juiz: Filipe de Souza Sickert. Belo Horizonte, 20 de janeiro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/justica-trabalho-fixa-motorista-uber.pdf> . Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. 42ª Vara do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Reclamação Trabalhista nº 0010570- 88.2017.5.03.0180. Reclamante: Herbert Paula Martins. Reclamado: Uber International B.V., Uber do Brasil Tecnologia Ltda. e Uber International Holding B.V. Juiz: Vitor Martins Pombo. Belo Horizonte, 12 de junho de 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/151368610/processo-n-0010570-8820175030180-do-trt-3> . Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Vara do Trabalho de Gama do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Processo nº 0001995- 46-2016-5-10-0111. Reclamante: William Miranda da Costa. Reclamadas: Uber do Brasil Tecnologia Ltda. Sentença: Tamara Gil Kemp. Gama, 18 de abril de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/uber-decisao.pdf> . Acesso em: 15 out. 2019

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. O Caso Uber e o Controle por Programação: de carona para o século XXI. In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (Coords.). Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais. São Paulo: LTr, 2017.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. O Caso Uber e o Controle por Programação: de carona para o século XXI. In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (Coords.). Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais. São Paulo: LTr, 2017. p. 130-146.

CASSAR, Vólia Bonfim. Direito do Trabalho. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende. Motorista do Uber poderá ser considerado empregador no Brasil. Migalhas. 2016. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI237918,41046-Motorista+do+Uber+podera+ser+considerado+empregado+no+Brasil>>. Acesso em: 12 set. 2019.

CONJUR. Motorista não tem vínculo de emprego com Uber, afirma TRT-15. Revista Consultor Jurídico, 19 de janeiro de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-19/motorista-nao-vinculo-emprego-uber-afirma-trt-15>>. Acesso em: 15/09/2019.

CONJUR. TRT de São Paulo reconhece vínculo de emprego entre Uber e motorista. In: Revista Consultor Jurídico, 27 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-27/trt-sao-paulo-reconhece-vinculo-emprego-entre-uber-motorista>>. Acesso em: 15 set. 2019.

DELATE, Raiza Moreira. A dignidade do trabalhador e as novas formas de exploração do trabalho humano: A relação Uber X Motorista. Revista Eletrônica da Ordem dos Advogados Brasileiros – Rio de Janeiro. Set. 2017. Disponível em:<<http://revistaeletronica.oabrj.org.br/wp->

content/uploads/2017/09/Artigo-Revista Eletronica-OABRJ-RAIZA-MOREIRA-DELATE.pdf> Acesso em: 15 set. 2019.

DELATE, Raiza Moreira. A dignidade do trabalhador e as novas formas de exploração do trabalho humano: A relação Uber X Motorista. Revista Eletrônica da Ordem dos Advogados Brasileiros – Rio de Janeiro. Set. 2017. Disponível em:<<http://revistaelectronica.oabRJ.org.br/wp-content/uploads/2017/09/Artigo-Revista Eletronica-OABRJ-RAIZA-MOREIRA-DELATE.pdf>> Acesso em: 15 set. 2019.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 273.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Califórnia. Assembly Bill No. 5. CHAPTER 296. An act to amend Section 3351 of, and to add Section 2750.3 to, the Labor Code, and to amend Sections 606.5 and 621 of the Unemployment Insurance Code, relating to employment, and making an appropriation therefor. Approved by Governor September 18, 2019. Filed with Secretary of State September 18, 2019. Disponível em: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201920200AB5. Acesso em: 15 out. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Califórnia. District Court for the Northern District of California. Douglas O'Connor, et al., vs. UBER TECHNOLOGIES, INC., N. C-13-3826 EMC. 2015. Disponível em: <<https://assets.documentcloud.org/documents/2328122/uber-class-action-chen-ruling.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2019.

EXAME. Califórnia sanciona lei que considera motorista de uber como funcionário. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/negocios/california-sanciona-lei-que>

considera-motorista-de-uber-como-funcionario/. Acesso em: 26 set. 2019.

FRAZÃO, Ana. A decisão do Reino Unido sobre os motoristas da Uber: o que ela ensina? Disponível em: <https://espacovital.jusbrasil.com.br/noticias/401712481/a-decisao-do-reino-unido-sobre-os-motoristas-da-uber-o-que-ela-ensina>. Acesso em: 23 ago. 2019.

KOURA, Kalleo. Uber enfrenta primeiros processos trabalhistas no Brasil. JOTA. 2016. Disponível em: <http://jota.info/o-uber-e-lei-motoristas-vaio-justica-para-pleitear-vinculo-empregaticio>>. Acesso em: 15 set. 2019.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito do trabalho, 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2019.

MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho, 7. ed. — São Paulo: Saraiva, 2016.

MELO, João Ozorio de. Califórnia cria vínculos empregatícios para motoristas de aplicativos. CONJUR. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-13/california-cria-vinculo-empregaticio-motoristas-aplicativos>. Acesso em: 13 de setembro de 2019.

RABAY, Dario. MARTINEZ, Aldo Augusto Martinez. Motoristas do Uber: empregados ou autônomos? Estado de S. Paulo. 2015. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/motoristas-do-uber-empregados-ou-autonomos/>>. Acesso em: 12 set. 2019.

RAMER, Josiane, A economia compartilhada e a uberização do trabalho: utopias do nosso tempo? 2017. 129 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2017.

REINO UNIDO. Employment Appeal Tribunal. BAILII case number: [2017] UKEAT 0056_17_1011 Appeal No. UKEAT/0056/17. At the Tribunal On 27 & 28 September 2017 Judgment delivered on 10 November 2017. Disponível em: http://www.bailii.org/uk/cases/UKEAT/2017/0056_17_1011.html. Acesso em: 15 out. 2019.

ROMAR, Carla Teresa Martins. Direito do trabalho Esquemático. 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2018.

SILVA, Aimée de Oliveira. O motorista da Uber e a configuração da relação de emprego. Monografia de Conclusão de Curso, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômica. Faculdade de Direito. Janeiro de 2017. Disponível em: < <https://pantheon.ufrj.br/handle/11422/6386>>. Acesso em: 04 ago. 2019.

SILVA, Aimée de Oliveira. O motorista da Uber e a configuração da relação de emprego. Monografia de Conclusão de Curso, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômica. Faculdade de Direito. Janeiro de 2017. Disponível em: < <https://pantheon.ufrj.br/handle/11422/6386>>. Acesso em: 04 de ago. 2019.

SOUTO, Rafael Tonassi. SARAIVA, Renato. Direito do Trabalho para concursos públicos, 20. ed. – Juspodivm, 2018.

UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA. Descubra as categorias de Uber e como podem te ajudar no dia a dia. Disponível em:

<<https://www.uber.com/pt-BR/blog/categorias-da-uber/>> Acesso em: 15 set. 2019.

UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA. Termos e condições. Disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/legal/terms/br/>> Acesso em: 15 set. 2019.

UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA. Veja como se cadastrar na Uber. Disponível em: < <https://www.uber.com/pt-BR/blog/como-se-cadastrar-no-uber/>> Acesso em: 15 set. 2019.

**A REGULAMENTAÇÃO DO TELETRABALHO NO
BRASIL ANALISADO SOB A PERSPECTIVA DO
TELETRABALHO SUBORDINADO EM
PORTUGAL, E A OMISSÃO NA
INTERNALIZAÇÃO NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO FRENTE A REFORMA
TRABALHISTA**

***THE REGULATION OF TELEWORK IN BRAZIL
ANALYZED FROM THE PERSPECTIVE OF
SUBORDINATED TELEWORK IN
PORTUGAL, AND THE OMISSION IN
INTERNALIZATION IN BRAZILIAN LEGAL ORDER
IN FRONT OF LABOR REFORM***

*Letícia de Freitas*⁵³⁷
*Jair Aparecido Cardoso*⁵³⁸

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo abordar a inserção teletrabalho na legislação brasileira, com intuito de apontar as diferenças na aplicação do instituto no Brasil elucidando um parecer comparativo

⁵³⁷ Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela FDRP/USP. E-mail: defreitas.leticia@hotmail.com.

⁵³⁸ Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP (FDRP/USP); líder do grupo de pesquisa (CNPQ) —A transformação do direito do trabalho na sociedade pós-moderna e seus reflexos no mundo do trabalho da FDRP/USP. Doutor em Direito pela Universidade Católica de São Paulo, PUC – SP; graduado e mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba, UNIMEP. Autor de livros e artigos da área. E-mail: jaircardoso@usp.br.

com a figura do teletrabalho subordinado em Portugal. A elaboração do referido artigo utiliza-se da metodologia técnica bibliográfica e com o método de abordagem hipotéticodedutivo.

Outrossim, o estudo também aponta a precariedade que sofre o teletrabalhador no Brasil, pois embora a reforma trabalhista tenha destinado um capítulo que conta com cinco artigos na CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas) para regulamentar o tema, essa normatização pouco inovou em relação ao que anteriormente já se encontrava estabelecido na CLT. Tendo em vista a lacuna legal ao disciplinar o instituto, a ausência de garantia implica na desproteção do trabalhador frente o novo regime de trabalho, diferentemente das situações que ocorrem com o teletrabalhador subordinado em Portugal.

Por fim, a conclusão expõe que o legislador responsável pela reforma trabalhista não teve o cuidado necessário para normatizar o instituto, criando uma massiva insegurança jurídica pela obscuridade e as lacunas da legislação, o que resulta na desproteção dos trabalhadores que operam sob tal regime.

Palavras chave: Teletrabalho; Brasil; Portugal; Reforma Trabalhista.

ABSTRACT

This research aims to address the insertion of telework in Brazilian legislation, in order to point out the differences in the application of the institute in Brazil, elucidating a comparative opinion with the figure of subordinate telework in Portugal. The elaboration of the article used the bibliographic technical methodology and the hypothetical-deductive approach method.

Furthermore, the study also points out the precariousness that teleworkers suffer in Brazil, because although the labor reform has destined a chapter that has five articles in the CLT (Consolidation of Labor Laws) to regulate the theme, this standardization has little innovation in relation to what previously it was already established in the article in article 2 of the CLT (Consolidation of Labor Laws). In

view of a legal gap in disciplining the topic, the absence of a guarantee implies that the worker is unprotected against the new work regime, unlike the situations that occur with the subordinate teleworker in Portugal.

Finally, a conclusion states that the legislator responsible for labor reform did not take the necessary care to standardize the institute, creating massive legal uncertainty due to obscurity and as gaps in the legislation, which results in the lack of protection of workers operating under the regime.

Keywords: Telework; Brazil; Portugal; Labor Reform.

INTRODUÇÃO

Quanto a sociedade e a tecnologia, na linha do tempo a primeira manifestação drástica se dá no século XVIII, onde inicia-se a Revolução Industrial e a substituição de mão de obra humana por máquinas, sendo o século XX foi palco de grandes inovações no mercado tecnológico.

Como resposta à esse cenário surge a flexibilização espaço, ou seja, a percepção que não necessariamente o empregado precisa estar no mesmo estabelecimento que o empregador para realizar as funções laborais que lhe foram atribuídas, quando unido esse novo conceito de espaço com os avanços tecnológicos, surge o teletrabalho.

Contudo, o teletrabalho a dúvida era normatizar um instituto de tanta complexidade de forma que, não houvesse prejudicialidade para ambas as partes da relação de emprego. O tema que repercutiu no mundo todo, a União Europeia foi pioneira na normatização do instituto elaborando o Acordo-Quadro, que posteriormente foi recepcionado pela legislação portuguesa na tentativa de introduzir a figura do teletrabalho em seu ordenamento jurídico.

Já no Brasil, a regulamentação do teletrabalho deriva de muitas tentativas, em 2008 houve um projeto de lei que tratava do tema, mas que foi rejeitado. Somente em 2011 que houve uma tímida mudança na legislação brasileira no sentido de incluir o teletrabalho na modalidade subordinada.

1 GLOBALIZAÇÃO E O TELETRABALHO

O direito se atualiza de acordo com as relações da sociedade, sejam elas de ordem econômica, cultural, tecnológica ou social. Fato é que, o direito do trabalho também se direciona de em conformidade com o contexto social, criando direitos e deveres no intuito de se perfazer um equilíbrio entre os envolvidos na relação empregatícia.

Apesar da flexibilização ser uma resposta pronta para os momentos de crise, há de se impor limites principalmente no que tange ao Direito do Trabalho, uma vez que, flexibilizar relações empregatícias resulta também, na flexibilização de direitos e deveres e consequentemente refletindo na qualidade de vida do trabalhador que são submetidos à essas mudanças.

A forma engessada de trabalho, que antes se resumia em um trabalhador contratado sem data para resolução do contrato, que se deslocava até o estabelecimento fornecido pelo empregador para desempenhar sua função, e depois de oito horas finalizava sua diária laboral sofreu drásticas mudanças para que houvesse adequação com as necessidades do mercado de trabalho, dando vez à novos institutos.

Advindo dessas flexibilizações surge a figura do teletrabalho, idealizada no ano de 1971, onde o cientista Jack Nilles com o intuito de evitar os transtornos decorrentes do trânsito excessivo, sugeriu que vez por outra na semana os funcionários realizassem o trabalho em

suas residências por meios telecomutativos tecnologia permitindo o trabalho a distância.

Após Jack Nilles não ter sua ideia aprovada pela Aeroespace, o cientista implementou sua ideia na Universidade do Sul da Califórnia, com o programa “Permuta entre transportes e telecomunicação”. Em 1973, uma empresa de seguros situada em Los Angeles implantou a política de desenvolvimento entre a telecomutação e o transporte, obtivendo resultados positivos que vieram a ser publicados em 1974 pelo Nilles em sua obra intitulada “The telecommunications-transportation tradeoff” divulgando a ideia de teletrabalho e o seu funcionamento.

A partir da ideia criada em 1973, o teletrabalho foi evoluindo partindo do conceito da telecomutação que significa a permuta do transporte pela telecomunicação que, tende a reduzir ou eliminar o deslocamento diário entre a casa do empregado e o local de trabalho patronal, criando impacto e dando luz à novas formas de contrato de trabalho.

2 CONCEITO DE TELETRABALHO

A figura do teletrabalho é vista como produto da flexibilização justrabalhista, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) conceitua o instituto como:

“ Forma de trabalho realizada a partir de um lugar distante da empresa e/ou estabelecimento, que permite a separação física entre o local de produção ou de execução da prestação de trabalho e o local onde funciona a empresa, mediante o recuso a tecnologias que facilitam a informação e a comunicação”. (RABELO, p. 13, 2004)³

A luz do Código Português, Lei nº7/200, o art. 165º define o teletrabalho por “a prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa e através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação.” (Portugal, 2009)

Já o autor português Luiz Manuel Teles de Menezes Leitão conceitua o instituto por “prestação de trabalho que se desenvolve fora do local de trabalho central do empregador, sendo realizado noutro local que se encontra ligado a esse local de trabalho centro por meio de comunicação eletrônicos”. (Leitão, 2008)

O autor brasileiro, Amauri Mascaro Nascimento define o teletrabalho por trabalho não desenvolvido no estabelecimento fornecido pelo empregador, sendo realizado fora dele com a utilização dos meios de comunicação dispostos pelo avanço da tecnologia. (Nascimento, 2009)

Diante dos conceitos expostos, pode-se concluir que existem dois elementos fundamentais para a caracterização do teletrabalho. O primeiro elemento se dá na localização do teletrabalhador que deve ser distinta do ambiente central fornecido pelo empregador, independentemente se o empregado efetuará seu labor em seu domicílio, ou nos chamados telecentro. Inclusive, ainda que eventualmente o teletrabalhador cumpra determinadas funções nas dependências da empresa, não haverá alteração do regime de teletrabalho visto que, a atividade é predominantemente realizada fora do ambiente central patronal.

A segunda característica do teletrabalho é a utilização de tecnologias da informação e comunicação durante o exercício laboral, ainda que seja utilizado tão somente um aparelho ou tecnologia durante o exercício da função.

A terceira proposta de realização do teletrabalho é chamada de teletrabalho móvel, pois cria a possibilidade do trabalhador efetivar

seu labor em qualquer lugar. Entretanto, o local escolhido para desempenhar a função deve permitir o estabelecimento de conexão com um computador, tablet, smartphone ou qualquer tecnologia que o empregado se conectar com o empregador.

3 O TELETRABALHO EM PORTUGAL

A inserção do teletrabalho na esfera Europeia se dá através da assinatura de um acordo intitulado Acordo-Quadro, que tem por objetivo conferir segurança aos teletrabalhadores, e flexibilizar o contrato de trabalho permitindo essa nova modalidade ser acessível para empresas. O Acordo-Quadro em seu teor dispõe que, o nível de segurança que abarca o teletrabalhador deve ser o mesmo conferido nas dependências oferecidas pelo empregador.

O Acordo-Quadro define o teletrabalho como “uma forma de organizar e ou executar o trabalho, usando tecnologia da informação, no contexto de um contrato relacionamento de trabalho, onde o trabalho, que também pode ser realizado nas instalações do empregador, é realizado fora dessas instalações a base regular.” (EUR-LEX, 2005)

O Acordo-Quadro também disciplina questões relacionadas ao contrato de trabalho, em seu teor o mesmo destaca que o teletrabalho tem natureza voluntária tanto para o empregado, quanto para o empregador. Sendo assim, o empregador pode contratar posteriormente o empregado como teletrabalhador, ou este regime pode ser exigido inicialmente na descrição do trabalho. Devendo o empregador fornecer informações escritas acerca do teletrabalho, em acordo com a diretiva 91/533/EEC.

Também prevê que as condições de emprego do teletrabalhador devem compatíveis com as condições oferecidas ao

trabalhador que labora nas instalações patronais, inclusive no que tange aos direitos coletivos. A aplicabilidade desses direitos se dá via legislação, acordo coletivo, permitindo a aplicação de acordos específicos levando em consideração a particularidade do regime de teletrabalho. Fica a cargo do empregador a responsabilização pela proteção de dados, devendo o mesmo informar o teletrabalhador de quaisquer restrições de uso, bem como das sanções em caso de não cumprimento dos limites preestabelecidos. A privacidade do teletrabalhador deve ser respeitada também, e caso haja sistemas de monitoramento ele deverá ser proporcional ao objetivo e introduzido em conformidade com a Diretiva 90/270.

No que tange aos equipamentos utilizados para o desempenho da função, o Acordo-Quadro prevê que em regra, é de responsabilidade do empregador fornecer, instalar e manter os equipamentos, salvo se o empregado utilizar-se de seus próprios equipamentos no desempenho do trabalho. Desta forma, fica então, o empregador responsável pelos custos, perdas e danos do equipamento utilizado e fornecido pelo empregado.

O Acordo-Quadro disciplina questões relacionadas a saúde e segurança no trabalho, estabelecendo que o empregador é responsável pela saúde e segurança ocupacional do teletrabalhador de acordo a diretiva 89/391, legislação nacional e acordo coletivos. E para verificar se empregadas corretamente as normas de saúde e segurança, tanto o empregador quanto os representantes dos trabalhadores, ou autoridades relevantes poderão fazer inspeções no local de prestação do serviço.

Caso o local de prestação de serviços seja o domicílio do empregado, o acesso ao local de trabalho se dará desde que haja concordância do empregado, e mediante notificação prévia, sendo permitido ao empregado solicitar a visita eventualmente.

Fica ainda resguardado o direito do empregado de gerenciar o seu tempo de trabalho, aplicando-se o princípio da igualdade o Acordo-Quadro prevê equivalência entre teletrabalhador e trabalhador comum nos casos de: carga horária, oportunidades de treinamento, desenvolvimento de carreira, e políticas de avaliação. Ademais, os teletrabalhadores devem receber treinamento apropriado direcionado ao equipamento à sua disposição, bem como, às características dessa forma de organização do trabalho.

A figura do teletrabalho foi inserida na legislação portuguesa pelo com base no Acordo-Quadro, a primeira manifestação desse instituto se deu no ano de 2003, onde o Código do Trabalho o disciplinava nos artigos 233º a 243º. No atual Código do Trabalho de 2009, o teletrabalho passou a ser abordado na Seção IX, subseção V, que dispõe sobre as modalidades de contrato, entre os artigos 165º e 171º.

O artigo 165º, do Código do Trabalho destina-se a conceituar o teletrabalho, assim como explanado anteriormente, o texto do art. frisa tratar sobre a modalidade subordinada do teletrabalho, diferindo do Acordo-Quadro que trata o tema de forma ampla. Dito isso, os direitos e deveres compreendidos na subseção V que se destinam a disciplinar o teletrabalho, somente se aplicam ao teletrabalhador subordinado, deixando de abarcar aquele que embora trabalhe nesta modalidade presta serviços como autônomo.

Para Rebelo, condicionar o teletrabalhador a subordinação jurídica, está relacionado a forma como o trabalhador executa suas prestações. Se o mesmo trabalha mediante indícios de subordinação jurídica ou de forma distinta, classificando o trabalhador como autônomo se não há observância dos resquícios de subordinação. (Rebelo, 2007.)

O art. 166º, do Código do Trabalho trata de algumas particularidades relativas ao contrato do teletrabalho, quanto a forma deve ser escrita, ainda que somente para comprovar o regime de teletrabalho, com identificação, assinatura, domicílio ou sede das partes, contendo indicação da atividade a ser desempenhada pelo trabalhador com menção expressa do regime de teletrabalho, e o salário. O contrato de teletrabalho deve estar expresso no contrato, local de prestação de serviços, a quem o teletrabalhador deve se reportar. bem como, o período de trabalho e qual atividade o empregado deva exercer caso o período de teletrabalho seja inferior a duração do contrato.

A luz do artigo, no contrato de trabalho deve constar, o responsável pelo fornecimento dos equipamentos de trabalho, pela instalação/manutenção, e os gastos decorrentes da utilização do mesmo. Segundo o artigo 166º, o teletrabalhador poderá trocar o regime de teletrabalho para o regime comum de outros funcionários, desde que haja acordo escrito com o empregador. Ainda dispõe que, deverá haver celebração do contrato de teletrabalho para o empregado que será admitido sob esse regime, ou para o empregado que já estava vinculado na empresa. Também permite a troca de regime comum para o regime de teletrabalho nos casos onde há compatibilidade na função, ou nos casos onde o empregado tem filho de até 03 (três) anos da idade, mediante compatibilidade na função e disponibilidade de recursos da entidade patronal.

O art. 167º dispõe sobre os casos onde o empregado já estava vinculado ao empregador antes de sobrevir o regime de teletrabalho. Desta forma, a duração do contrato de teletrabalho não poderá ser superior a 03 (três) anos ou o prazo estabelecido em negociação coletiva, o contrato poderá ser denunciado por qualquer das partes 30 dias após sua execução. Quando cessar o contrato de teletrabalho, o

empregado deve retomar as funções acordadas mediante as diretrizes estipuladas em contrato ou negociação coletiva.

O art. 168º do Código do Trabalho destina-se a tratar sobre a presunção relativa e o dever de custódia, em seu teor o artigo destaca que na falta de previsão contratual acerca dos equipamentos de tecnologia e os custos decorrentes destes, presumir-se-á que pertencem ao empregador. E ao empregado cabe o dever de custódia, pois deverá observar as regras de utilização e funcionamento, além de somente destinar o uso dos equipamentos fornecidos pelo empregador para a realização do exercício funcional, salvo disposição em contrário.

Com base no Acordo-Quadro, o legislador assegura ao trabalhador no artigo 169º, o direito à igualdade de tratamento senão vejamos, o teletrabalhador goza de todos os direitos inerentes aos demais trabalhadores, sendo eles sobre as condições e período de trabalho, carreiras, formação e promoção, segurança e saúde, bem como reparações de danos ou doenças profissionais. O empregador ainda deve prover formação adequada para o trabalhador sobre as tecnologias da informação e comunicação no qual o trabalhador fará uso durante as atividades, por fim deve ainda o empregador evitar o isolamento do teletrabalhador promovendo contatos regulares com a empresa e com os demais trabalhadores.

Neste artigo, o legislador português destinou-se a tratar das principais questões que assolam o trabalhador à distância, pois o teletrabalho e o fator de isolamento decorrente deste podem causar grandes impactos sociais e na saúde do empregado. Bem como, minar as possibilidades de promoção mesmo pelo pouco contato com o corpo diretivo da empresa e com os demais empregados. A garantia de direitos correspondentes, assim como o direito de promoção e a instigação do contato social reforçam a ideia de preocupação com o

bem-estar do teletrabalhador e de segurança quanto a igualdade funcional deste, para com os demais empregados.

Além do direito a igualdade de tratamento, para o teletrabalhador ficam resguardados também, os direitos relacionados à privacidade, pois o art. 170º também sob forte influência do Acordo-Quadro impõe o respeito a privacidade do teletrabalhador, bem como tempos de descanso e de repouso da família do empregado.

Assim como, é dever do empregador proporcionar ao trabalhador boas condições de trabalho sendo do ponto de vista físico ou psíquico, e no que tange ao teletrabalho exercido no domicílio do trabalhador fica obrigado o empregador respeitar o horário estabelecido pelo legislador, ou seja, as visitas somente poderão ocorrer entre 9 (nove) horas e 19 (dezenove) horas, as visitas devem ser restritas ao controle da atividade laboral e dos instrumentos obrigatoriamente assistidas pelo teletrabalhador ou por pessoa designada por este.

No âmbito do direito coletivo, o art. 171º dispõe inicialmente que o teletrabalhador integra o número de trabalhadores da empresa para todos os efeitos de representação coletiva e, ainda, confere a este a possibilidade de se candidatar e utilizar-se das tecnologias de informação e comunicação para participar de reuniões promovidas na representação coletiva, assim como as organizações coletivas poderão fazer uso das estruturas tecnológicas para se conectar ao teletrabalhador e transmitir informações para este.

No último artigo que trata do teletrabalho no Código do Trabalho (art. 171º), além da preocupação do legislador em assegurar ao teletrabalhador a participação nos direitos coletivos. Há de se perceber também que, novamente a incide o princípio da igualdade, pois o legislador português propõe abordagens que deixam o teletrabalhador em pé de igualdade com o trabalhador comum. Neste

caso, o exemplo fica claro quando o legislador abre espaço para o que o teletrabalhador esteja em contato com as organizações coletivas, ainda que remotamente impedindo a exclusão do teletrabalhador pela condição de contrato de trabalho diferenciada.

Sobre o direito a greve, diz Maria Redinha que “ninguém ousará duvidar que ao trabalhador é reconhecido o direito de greve, mas poucos julgarão plausível ser o seu exercício frequente”. (Redinha, 2001)

Isto posto, ainda que a localização de cada teletrabalhador se dê de forma diversa e dificulte o processo de agrupamento, fica permitido então a organização destes para a propositura e representação em âmbito coletivo, cabendo aos teletrabalhadores a conscientização no que se refere essa tarefa, importando na postulação de seus direitos, ainda que o processo seja realizado remotamente através de tecnologias.

4 O TELETRABALHO NO BRASIL

Diferente de Portugal, o teletrabalho no Brasil enfrentou dificuldades de implantação, a primeira tentativa de inserção do instituto no ordenamento jurídico brasileiro se deu em 2008, contudo a tentativa ficou frustrada com a não aprovação da lei. Já em 2011 houve a mudança de um artigo, avançando na regulamentação do tema. Entretanto, a grande mudança se deu com a reforma trabalhista, que implementou um capítulo para tratar do teletrabalho, gerando mudanças nas relações de emprego e grandes controvérsias acerca da abordagem escolhida pelo legislador.

Como anteriormente citado, a primeira tentativa de inserir o teletrabalho no ordenamento jurídico brasileiro veio com o projeto Lei nº 4.505/2008 proposto pelo deputado Luiz Paulo Vellozo Lucas, que

pautado no art. 7º, inciso XXVII da Constituição Federal justificava a responsabilidade de proteção do trabalhador frente a automação industrial e na modernização dos meios de comunicação e informática. (Brasil, 2008)

O projeto trazia em seu texto uma definição de trabalho a distância, bem como destinava-se a disciplinar local da prestação do serviço, direito dos teletrabalhadores, formalidades do contrato e legislação aplicável em caso de demanda trabalhista. Muito embora o projeto não tenha sido aprovado, gerou debates acerca do tema ressaltando o impacto no aumento de empregos e inclusão, promovendo a necessidade de regulamentar uma norma para tratar do teletrabalho.

Posteriormente no ano de 2011, a CLT sofreu uma breve reforma com alteração no art. 6º introduzindo finalmente o teletrabalho no ordenamento jurídico brasileiro. A Lei nº 12.551/2011 trouxe a mudança no texto do art. 6º da CLT que, anteriormente tinha como redação “não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego”.

(Brasil, 1943)

A alteração realizada pela Lei nº 12.551/2011 refletiu no seguinte texto:

“Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio”. (Brasil, 2011)

Segundo Maurício Delgado Godinho:

“A Lei n. 12.551, de 15.12.2011, superou certa controvérsia que se apresentava na jurisprudência relativamente ao enfrentamento do debate sobre a existência (ou não) da relação de emprego no tocante às situações de teletrabalho. O óbice que geralmente se colocava dizia respeito à falta de subordinação jurídica; tal óbice, contudo, foi plenamente superado pela nova redação do art. 6º da CLT, a partir de 2011”. (Godinho, p. 137, 2007)

A mudança do art. 6º da CLT embora tenha sido breve tratou de importantes pontos que até então eram obscuros na legislação brasileira, como o reconhecimento do trabalho à distância e a equiparação do teletrabalhador com o trabalhador comum nos casos do exercício da função com subordinação, segundo Godinho havendo uma incorporação da subordinação estrutural (2017).

5 O TELETRABALHO E A REFORMA TRABALHISTA

Recentemente no ano de 2017 a legislação trabalhista sofreu uma brusca alteração de seus artigos, através da Lei 13.467/17 intitulada reforma trabalhista foram alterados mais de 200 artigos no diploma legal. Desta forma, a reforma trabalhista proporcionou a introdução e regulamentação de novos institutos, assim como é o caso do teletrabalho que passou a ser disciplinado em capítulo próprio, utilizando-se dos artigos 75-A ao 75-E para tratar do tema. (Brasil, 2017)

O artigo 75-A elucida que as prestações efetuadas pelo empregado teletrabalhador têm por obrigação observar os preceitos disposto no capítulo II, dedicado justamente para a regulamentação do teletrabalho. Quanto ao artigo 75-B, “caput”, este limita-se a

conceituar novamente teletrabalho, que *in verbis* diz “Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.”

O conceito estabelecido pelo art. 75-B não traz nenhuma novidade para o ordenamento jurídico brasileiro, tampouco complementa o art. 6º, também da CLT que define parâmetros para o teletrabalho e afirma o uso de tecnologias da informação bem como a supervisão como forma de subordinação jurídica.

Desta forma, a única novidade introduzida pelo artigo se dá em seu parágrafo único que define a não descaracterização do teletrabalho quando exigido o comparecimento eventual do teletrabalhador no estabelecimento do empregador para realização de atividades específicas. Por outro lado, se o inverso for aplicado considerar-se-á que o comparecimento reiterado no estabelecimento do empregador repercute na descaracterização do regime de teletrabalho, pois um dos elementos caracterizadores do teletrabalho é o exercício da atividade laboral preponderantemente fora das dependências do empregador.

A problemática em questão se dá na falta de regulamentação da jornada de trabalho desempenhada pelo teletrabalhador, o artigo 75-B, bem como os demais artigos que disciplinam o teletrabalho na CLT são silentes quanto a jornada de trabalho do teletrabalhador. O tema somente é abordado no art. 62, inciso III, da CLT, que tem por objetivo excluir os teletrabalhadores das regras contidas no capítulo sobre a duração do trabalho, ou seja, ficam impedidos de perceberem horas suplementares, adicional noturno e intervalos, exceto nos casos onde há possibilidade de controle de jornada, contudo a presunção (relativa) consolidada pela jurisprudência, é de impossibilidade de

computar a jornada de trabalho aos trabalhadores que laboram sob o regime de teletrabalho.

Godinho sob o tema destaca

“A nova regra legal, entretanto, fixa apenas uma presunção jurídica: a de que, em se tratando de empregado que se encontra em efetivo regime de teletrabalho, ele não se acha em situação compatível com o controle de horários; por essa razão, ele fica excluído das regras da CLT que regulam, ilustrativamente, assuntos como jornada de trabalho, horas suplementares e/ou extraordinárias, além de intervalos trabalhistas. Trata-se, naturalmente, de presunção relativa - que pode ser desconstituída por prova em sentido contrário.” (Godinho, p.133, 2017)

O uso de meios telemáticos e o avanço da tecnologia, que permitem o labor a distância, por sua vez também a conexão do empregado para com o empregador através de *softwvers*, *login* e *logoff*, cota de atividades dependidas, cartões de ponto digital o que possibilita de certa forma que o empregador tenha conhecimento e controle sobre a jornada de trabalho desempenhado pelo teletrabalhador. Em consonância com esse pensamento entendem Muniz e Rocha que:

“(…) É perfeitamente viável aplicar ao teletrabalhador as normas sobre jornada de trabalho, quando estiver em conexão permanente com a empresa que lhe controla a atividade e o tempo de trabalho. Afinal, essa é a regra, ao passo que o inciso I do art. 62 da CLT é a exceção. Não há incompatibilidade entre o teletrabalho e a jornada extraordinária.” (MUNIZ e ROCHA, 2013, p.111)

Observando esse pensamento Vólia Bonfim Cassar expõe que:

“Há forte presunção de que teletrabalhador não é fiscalizado e, por isso, está incluído na exceção prevista no art. 62, I, da CLT. Se, todavia, o empregado de fato

for monitorado por webcâmera, intranet, intercomunicador, telefone, número mínimo de tarefas diárias, etc., terá direito ao Capítulo “Da Duração do Trabalho”, pois seu trabalho é controlado. Aliás, o parágrafo único do art. 6º da CLT é claro no sentido de que “Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e detetos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.” (CASSAR, 2012, p. 712).

Destarte, diferente do que prevê o art. 62, inciso III, da CLT o mero fato do regime ser de teletrabalho não afasta por si só a possibilidade de fiscalização da jornada de trabalho pelo empregador, assim como o uso de equipamentos de telecomunicação e informação unidos a uma rotina laboral não configuram o efetivo trabalho, ficando a cargo do empregado a prova de que as atividades específicas em seu horário de trabalho era efetivamente fiscalizado pelo empregador, efetivando a presunção relativa. Pelas razões anteriormente expostas o que se conclui é que o art. 62, III, da CLT encontra-se em descompasso com a realidade aplicada social além de ser inconstitucional.

Outra implicação em que ausência de regulamentação de jornada de trabalho do teletrabalhador reflete é na falta de regulamentação e garantia do direito a desconexão deste empregado, pois desligar-se do ambiente de trabalho importa na qualidade de vida do empregado, no seu bem-estar físico e psicológico, se respeitado o direito à desconexão pode ocasionar inclusive em sua produtividade e desempenho das funções.

Em relação ao tema, o Tribunal Superior do Trabalho já se posicionou à favor da desconexão, como citado no trecho “A concessão de telefone celular ao trabalhador não lhe retira o direito ao recebimento das horas de sobreaviso, pois a possibilidade de ser

chamado em caso de urgência por certo limita sua liberdade de conexão e lhe retira o DIREITO À DESCONECÃO DO TRABALHO. (TST, 2012)

Fato é que, muito embora haja garantias constitucionais e julgados que permitem o direito a desconexão e a regulamentação da jornada de trabalho, para o teletrabalhador o cenário muda, pois muito embora haja um capítulo destinado à regulamentar o teletrabalho, o legislador foi silente quanto esses pontos importantes referente a jornada de trabalho e garantias decorrentes dela.

Em contrapartida como já salientado anteriormente, o Código do Trabalho Português também não estipula uma jornada específica para o teletrabalhador, entretanto dispõe que o período de trabalho deve estar fixado em contrato e preserva o direito a desconexão do empregado, impondo ao empregador o dever de zelar pelo bem-estar do teletrabalhador, respeitando o direito a lazer, e o contato com a família, bem como o dever proporcioná-lo um ambiente de trabalho equilibrado.

O art. 75-C estipula que, o contrato deve ser escrito e deve conter em seu teor de forma expressa a modalidade de trabalho, e as especificações das funções que serão desempenhadas pelo teletrabalhador. O parágrafo primeiro do art. 75-C, da CLT permite e regulamenta a alteração do regime presencial para o regime de teletrabalho, desde que haja mutuo consentimento entre as partes e que seja registrado em aditivo contratual.

O parágrafo segundo dispõe sobre o inverso, a transição do regime de trabalho à distância para o regime presencial, salientando a necessidade de transição pelo prazo mínimo de 15 dias, e assim como na modalidade anterior deverá haver o registro em aditivo contratual.

Novamente fica claro o despreparo do legislador, refletindo na desproteção do empregado frente ao empregador uma vez que, a

legislação trabalhista não prevê nenhum tipo de punição caso haja de imposição do empregador para o empregado efetuar a troca de regime. Bem como, no que tange ao prazo mínimo descrito no art. 75-C, §2º, da CLT, o legislador deixa de prever uma punição para o empregador que descumprir o prazo, dando margem para que haja uma ação fraudulenta por parte do empregador, principalmente em contrato de adesão.

No CT esse cenário muda, pois a legislação portuguesa proíbe o empregado de se opor a troca de regime, quando houver compatibilidade e recursos patronais para o feito. Bem como, é possível que ambas as partes denunciem o contrato de trabalho no prazo de 30 dias em caso de descumprimento de quaisquer das condições acordadas, oferecendo às partes um recurso de proteção no caso de descumprimento ou abuso.

No tocante à estrutura e os equipamentos telemáticos necessários para o exercício do teletrabalho o art. 75-D diz que:

“as disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito. Parágrafo único. As utilidades mencionadas no caput deste artigo não integram a remuneração do empregado” (Brasil, 2017)

O legislador brasileiro a luz do artigo mencionado tão somente elucida que deverá haver previsão contratual para os custos e fornecimento dos equipamentos necessários à execução do teletrabalho, e descaracteriza a natureza salarial das utilidades que são mencionadas no *caput*. Diferentemente do legislador português que, cuida para que o ônus referente aos gastos e fornecimentos dos

equipamentos eletrônico pertença de fato ao empregador, salvo disposição contratual em contrário.

Afim de suprir as lacunas deixadas pelo legislador, o art. 75-D deve ser lido juntamente com o art. 2º também da CLT, desta forma “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”. (Brasil, 2017)

A luz do artigo segundo, fica estabelecido que é dever do empregador a aquisição, a manutenção ou fornecimento dos equipamentos e estrutura necessárias à prestação do teletrabalho, salvo acordo entre as partes. A interpretação do art. 75-D em conjunto com o art. 2º, remedia uma das omissões do legislador da reforma trabalhista e traz uma solução que o legislador deveria ter aduzido no texto da reforma trabalhista.

O último dispositivo do capítulo que trata sob teletrabalho é o art. 75-E, que em seu teor elucida:

“O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho. Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.” (Brasil, 2017)

No caso em tela, involuntariamente o legislador admite a possibilidade do surgimento de doenças ocupacionais advindas do exercício do trabalho à distância, inclusive com ocorrência no domicílio do empregado. Entretanto, a norma trabalhista é omissa quanto a prevenção e cuidado para evitar que esses acidentes ocorram, tendo em vista que a única medida imposta pelo legislador é a assinatura de um termo, que não se atém a nenhum parâmetro normativo e mais uma vez por ausência de penalidade dá margem ao

descumprimento e à imposições abusivas por parte do empregador, principalmente se tratando de contrato de adesão.

Ademais, a própria solução estabelecida pela CLT não se faz muito eficaz, pois o incentivo por si só não é capaz de evitar acidentes ou doenças ocupacionais. Outras medidas de segurança e prevenção deveriam estar descritas no dispositivo legal, como por exemplo, fiscalização eventual do local de trabalho, adequação do meio ambiente disposto para as realizações da atividade laboral à distância, bem como suporte psicológico.

Diferentemente da CLT que transfere a responsabilidade do meio ambiente de trabalho para o trabalhador, o direito português novamente avançado em relação ao Brasil propõe a mitigação da responsabilidade, pois além de estabelecer fiscalização do meio ambiente de trabalho, o CT também resguarda a intimidade do empregado estipulando horário para visita, assim como uma penalidade em caso de descumprimento. Além disso, impõe o CT ao empregador o dever tomar medidas cabíveis contra o isolamento trabalhador, equiparando o mesmo aos trabalhadores presenciais quanto segurança e saúde no trabalho e reparação de danos emergentes de acidente de trabalho ou doença profissional, como anteriormente foi salientado.

Muito embora não haja um artigo específico destinado a tratar do teletrabalho em âmbito do direito coletivo, o instituto é mencionado brevemente no art. 611-A, inciso VIII, da CLT no sentido de admitir que a convenção e o acordo coletivo de trabalho prevalecem sobre a lei quando dispuserem sobre o teletrabalho. O artigo gera obscuridade quanto a aplicação de normas coletivas para o teletrabalhador assim como é aplicada para os demais trabalhadores sujeitos ao mesmo empregador. Ao analisar o princípio da isonomia implementado no ordenamento jurídico Brasileiro tanto pela

Constituição Federal quanto pelo Direito Brasileiro, o princípio exalta a igualdade entre os trabalhadores, ou seja não obsta a aplicabilidade da norma coletiva, e por outro lado, existe a dificuldade em possibilitar de participação do teletrabalhador na discussão de questões de ordem coletiva, assim como em organizações estruturais.

Ao contrário da legislação portuguesa, que destina o art. 171º para tratar dos direitos coletivos do teletrabalhador no sentido de regulamentar a participação e representatividade desse nas estruturas coletivas. A despeito do tema, o TRT da 10ª Região aprovou o seguinte enunciado:

“Enunciado n.º 02 –NEGOCIAÇÃO COLETIVA. TRABALHADOR TECNOLÓGICO. A prevalência do negociado sobre o legislado alcançará a ampliação protetiva dos empregados remotos, considerando serem ônus do empregador os custos pela instalação e manutenção dos equipamentos e instrumentos técnicos que viabilizem o exercício do teletrabalho, conforme disposto nos artigos 2.º, caput, e 75-D da CLT.”
(Tribunal Regional do Trabalho, da 10ª Região, 2017)

O enunciado visa esclarecer dois pontos de controvérsias deixados pelo legislador, aplicando o princípio da proteção, reconhece os direitos coletivos para o teletrabalhador, e ainda afirma ser do empregador o ônus de instalação, manutenção e demais custos decorrentes dos equipamentos utilizado para atividade laboral à distância.

CONCLUSÃO

O advento da evolução tecnológica trouxe mudanças na sociedade impactando diretamente no mundo do trabalho, redefinindo conceitos como tempo e espaço, ensejando novas formas de

contratação e a atualização da legislação trabalhista para acompanhar todas essas mudanças. O teletrabalho revoluciona com a proposta de flexibilização do tempo, espaço e do contrato de trabalho. Quanto ao seu conceito não há divergências, desta forma entende-se por teletrabalho aquele que é prestado em local distinto da entidade patronal por meio de meios telemáticos da comunicação.

Entre tantos debates que havia sobre esse novo instituto, oportunamente a Europa criou o Acordo-Quadro, visando disciplinar a essa nova modalidade de flexibilização do contrato de trabalho, com enfoque em estabelecer a mesma proteção entre os trabalhadores em regime de teletrabalho e os trabalhadores em regime comum, prezando pela igualdade.

Desta forma, o Código do Trabalho tratou de diversos assuntos utilizando-se do parâmetro criado pelo Acordo-Quadro dentre eles, saúde e segurança, direitos coletivos, formalidades do contrato, entre outros. embasando-se na proteção e isonomia.

A primeira tentativa de regulamentar o tema se deu em 2008, que foi frustrada e posteriormente em 2011 o Brasil dá o primeiro passo na escala revolucionária do teletrabalho, reformando o art. 6º da CLT, conferindo ao trabalhador à distância a subordinação jurídica do pela utilização dos meios telemáticos de informação.

No ano de 2017 ocorreu a reforma trabalhista e com ela, o legislador obteve a oportunidade de tratar de tema de forma completa, sanando todas as questões que ficaram em aberto com a breve mudança do art. 6º, da CLT.

A reforma trabalhista como anteriormente exposto trouxe algumas regras sobre as formalidades do contrato, excluiu o teletrabalhador do capítulo referente a jornada de trabalho, tratando dos demais temas com ambiguidade. Essas alterações ineficazes demonstram o despreparo do legislador ao tratar do tema, o que

resultou na insegurança jurídica, com consequências piores para o empregado pois tamanha é sua desproteção diante da legislação dúbia que não garante direitos basilares como a igualdade, bem como direitos relacionados à saúde e ao bem-estar social.

O legislador português priorizou a saúde física e psíquica do teletrabalhador em sua legislação, bem como se preocupou na criação de um ambiente de trabalho saudável assegurando a aplicação da isonomia entre os trabalhadores à distância e os trabalhadores que prestam serviços no ambiente patronal. Desta forma, esperava-se que o Brasil se espelhasse no direito português não só ao inovar regulamentando o instituto, mas também ao certificar-se que ao teletrabalhador seria conferido todos os direitos e deveres inerentes.

REFERÊNCIAS

BRASIL, 1943 Lei nº 5.452/43, de 01 de maio de 1943 - Consolidação das Leis Trabalhistas

- Disponível em: URL:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>
[Consul. 04 jan. 2020]

BRASIL, 2008 Projeto de Lei nº 4.505/2008, de 16 de dezembro de 2008 - Regulamenta o trabalho à distância, conceitua e disciplina as relações de teletrabalho e dá outras providências, p. 01. [Consult. 12 Jan. 2020]. Disponível em

WWW:<URL:http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mos_trarintegra;jsessionid=A5CE853D1E35F89AA5

BRASIL, 2008 Projeto de Lei nº 4.505/2008, de 16 de dezembro de 2008

BRASIL, 2011 Lei nº 12.551/2011, de 15 de dezembro de 2011 - Altera o art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT),

aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, para equiparar os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos. [Consult. 14 Jan. 2020]. Disponível em WWW:<URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112551.htm>.

BRASIL, 2017 Lei nº 13.467/2017, de 13 de julho de 2017 - Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. [Consult. 20 Jan. 2020]. Disponível em WWW:<URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm>.

BRUXELAS, 2002 Acordo-Quadro – Disponível em: URL: <<https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ac10131>> [Consul. 20 jan. 2020]

CASSAR, Vólia, Bonfim. Direito do Trabalho. 6. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

EUR-LEX, 2005 TELEWORKING. [Consul. 20 jan. 2020]. Disponível em WWW: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ac10131>>.

EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS 2010 - Telework in the European Union. 2010. [Consult. 09 Jan.

2018]. Disponível em WWW: < URL:

[https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_files/docs/eiro/tn0910050s/tn0910050s .pdf](https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_files/docs/eiro/tn0910050s/tn0910050s.pdf) >.

GODINHO, Maurício Delgado, Gabriela Godinho – A reforma trabalhista no Brasil com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017, p. 137.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – Direito do Trabalho. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro - **Curso de direito do trabalho**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PORTUGAL, 2009 Lei n° 7.2009, de 12 de fevereiro de 2009 – **Código do Trabalho de Portugal**. [Consult. 14 de jan. 2020]. Disponível em: WWW. URL: <http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT20032018.pdf#page=66>>

REBELO, Glória – Reflexões sobre o teletrabalho: entre a vida privada e a vida profissional, in *Questões Laborais*, n°. 23, [S.l.: S.n.], 2004.

REBELO, Glória Regulamenta o trabalho à distância, conceitua e disciplina as relações de teletrabalho e dá outras providências, p. 01. [Consult. 12 Mar. 2018]. Disponível em WWW: URL: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A5CE853D1E35F89AA5.

REBELO, Glória- Teletrabalho e Privacidade: contributos e desafios para o Direito do Trabalho. 1ª ed. Lisboa:RH Editora, 2004, p.13-50

REDINHA, Maria Regina Gomes – O teletrabalho, ..., cit., p. 105. REDINHA, Maria Regina Gomes – O teletrabalho, in *Questões*

Laborais, ano VIII, número 17. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 87 - 107.

ROCHA, Claudio Janotti da; **MUNIZ**, Mirella Karen de Carvalho Bifano. O teletrabalho a luz do art. 6º da CLT: O acompanhamento do direito do trabalho às mudanças do mundo pósmoderno. Revista do Tribunal Regional do trabalho, 3ª Região, Belo Horizonte, v87/88, n. 57, p.101-115, jan./dez. 2013.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 10.ª REGIÃO.
Seminário de Formação

Continuada para Magistrados do TRT da 10.ª Região – 2017 “Nova legislação trabalhista: reflexões e implicações” ENUNCIADOS APROVADOS. [Consult. 24 Mar. 2018]. Disponível em
WWW:<URL:

<https://escolajudicial.trt10.jus.br/index.php/informacoes/noticias.html?start=260>

