

JORNAL

*59º CONGRESSO BRASILEIRO DE
DIREITO DO TRABALHO*

LLR[®]

PAINÉIS DO CONGRESSO

1º PAINEL DIREITO DIGITAL E O DIREITO DO TRABALHO

BOSKOVIC, Alessandra Barichello	
MELEK, Marcelo Ivan	
Teletrabalho: poder fiscalizatório do empregador <i>versus</i> inviolabilidade do domicílio do empregado	18
DIAS, Fernando Ramos Bernardes	
MOREIRA, Maria Gabriela Silva	
O teletrabalho e sua evolução no direito brasileiro	17
FAGUNDES, Saulo Henrique Pena	
Reforma trabalhista e tecnologias: a dinâmica nas relações entre capital e trabalho e novas demandas juslaborativas.....	7
FINCATO, Denise	
Teletrabalho na reforma trabalhista brasileira.....	11
LANNER, Maíra Brecht	
O papel dos sindicatos na proteção do trabalhador em face da digitalização.....	20
LIMA, Davi Farias Correia	
Grau especial de confiança e lealdade nas relações de trabalho a distância	27
LOPES FILHO, Abel Ferreira	
A fiscalização do meio ambiente de trabalho, no teletrabalho, diante da inviolabilidade de domicílio	22
MELEK, Marcelo Ivan	
BOSKOVIC, Alessandra Barichello	
A revolução digital e o infoproletário no Brasil.....	9

MOREIRA, Adriano Jannuzzi	
Novas relações de trabalho após a reforma trabalhista e a lei de terceirização	15
ROCHA, Marina Souza Lima	
Aspectos positivos e negativos das novas tecnologias na atuação sindical	23
SILVA, Leda Maria Messias da	
MARQUES, Ana Paula Lemos Baptista	
Inteligência artificial no meio ambiente de trabalho e a violação aos direitos da personalidade	13
ZWICKER, Igor de Oliveira	
Teletrabalho, fiscalização do meio ambiente de trabalho e inviolabilidade de domicílio: no confronto entre o direito à propriedade, à intimidade e à vida privada <i>versus</i> a própria vida e a existência digna da pessoa humana, qual direito prevalece?	25

2º PAINEL FUTURO DO DIREITO DO TRABALHO E AS SOLUÇÕES DOS CONFLITOS

BOTTONE, Alfredo	
O diálogo social — alternativa na solução e prevenção de conflitos trabalhistas.....	35
MARTELO, Bruno	
Meios de resolução alternativa de litígios laborais — a experiência portuguesa.....	30
MELEK, Marcelo Ivan	
Projeto de Lei do Senado n. 392 de 2016 — saque do FGTS no caso de pedido de demissão: bom para quem?	34
ZWICKER, Igor de Oliveira	
Sobre arbitragem trabalhista: entre a Lei n. 9.307/1996 e a “reforma trabalhista”, aplica-se a norma mais favorável ao trabalhador...	29

O modelo mais adequado para a solução de conflitos, no direito contemporâneo, ainda é o poder judiciário..... 32

3º PAINEL SAÚDE NO AMBIENTE DE TRABALHO

ALVES, Fernanda de Oliveira

LIMA, Otávio Augusto Custódio de

Segurança no trabalho: uma reflexão sobre o caso Brumadinho 61

ARAÚJO, Maria Gilda de Freitas

A reforma trabalhista trouxe impactos à saúde do trabalhador? 43

COSTA, Ana Paula Castelo Branco

Saúde do trabalhador no ambiente de trabalho e a OIT 59

FARIAS, Michelle Cristina

Possíveis impactos da “reforma trabalhista” na saúde das trabalhadoras gestantes e lactantes que laboram nas empresas de extração de minério de ferro..... 40

MONTI JUNIOR, Carlos Eduardo

Breves distinções entre dano moral e dano existencial 50

NICOLINO, Talita Medeiros

LIMA, Otávio Augusto Custódio de

Os impactos da reforma trabalhista para a saúde e trabalho da mulher: uma abordagem constitucional à luz do direito da saúde..... 58

OLIVEIRA, Maria de Fátima Rodrigues de

Preconceito e invisibilidade: uma reflexão sobre as pessoas do LGBTQI à luz da Constituição Federal e do mercado de trabalho . 56

SILVA, Gabriela Marques

Diferença entre dano existencial e dano moral após a reforma trabalhista 38

SILVA, Gabriela Ribeiro de Souza e

Saúde no ambiente de trabalho: uma reflexão sobre o desenvolvimento de doenças psíquicas e o assédio moral no trabalho 48

VIEIRA, Raissa S.

Dano existencial e dano moral após a reforma trabalhista 39

ZWICKER, Igor de Oliveira

A recente decisão na ADI n. 5.938, que suspendeu a eficácia do art. 394-A da CLT, e o mercado predatório: até onde iremos?..... 44

A recente decisão na ADI n. 5.938, que suspendeu a eficácia do art. 394-A da CLT, e a problemática em torno da monetização da saúde dos trabalhadores encampada pela “reforma trabalhista” 46

Impactos da “reforma trabalhista” na saúde dos trabalhadores (trabalho não é mercadoria) 52

Decreto sobre vida e morte da pessoa humana e a indisponibilidade absoluta de normas sobre higiene, saúde, segurança e medicina do trabalho..... 54

4º PAINEL FLEXIBILIZAÇÃO DO HORÁRIO DE TRABALHO

CARNEZI, Carla Labelle Matias

LIMA, Otávio Augusto Custódio de

Flexibilização da jornada de trabalho: uma reflexão sobre os seus limites, proteção ao trabalhador e a reforma trabalhista..... 72

ESTRELA, Catarina Galvão

Limitação de jornada como pressuposto medular da empregabilidade 65

FIGUEIREDO, Luciana de Carvalho

Flexibilização de jornada..... 64

LANNER, Maíra Brencht

DIER, Bruna

O direito à desconexão do trabalhador..... 74

MITICITA, Matheus Hisashi

LIMA, Otávio Augusto Custódio de

Terceirização no mercado de trabalho: uma reflexão sobre a precarização do trabalho e o nível de desemprego no país..... 70

XAVIER, Gisela Carla Rodrigues

Férias: entre a Convenção n. 132 da OIT e a CLT 66

ZWICKER, Igor de Oliveira

Controle de convencionalidade e a interpretação do regime de férias, na CLT, a partir da Convenção n. 132 da OIT 68

5º PAINEL
NOVAS QUESTÕES DE DIREITO SINDICAL

DELANO, Sávio	
Reflexões sobre as crises do sindicalismo contemporâneo e os impactos no direito sindical.....	81
FREITAS, Ana Virginia Porto de	
Da autonomia privada coletiva ao legislado sobre o negociado	79
LINHARES, Roberta Castro Lana	
Principais modelos de organização sindical no mundo e o modelo sindical mais adequado ao direito brasileiro.....	76
OLIVEIRA, Juliana Prates Matos de	
LIMA, Otávio Augusto Custódio de	
Negociação coletiva: uma investigação acerca da flexibilização promovida pela Lei n. 13.467/2017, seus limites e consequências.....	77

6º PAINEL
PROCESSO DO TRABALHO

CORREA, Celio Roberto	
Fixação de honorários de sucumbência a partir da Lei n. 13.467/17 – (in)aplicabilidade	85
LEONARDO, César Augusto Luiz	
CARMO, Júlio César Lourenço do	
CICOTOSTE, Valmir Gustavo Rossi	
Os prejuízos ao direito fundamental de acesso à justiça à luz da reforma trabalhista (Lei n. 13.467/2017).....	90
MONTI JUNIOR, Carlos Eduardo	
Crítica aos critérios de aferição da transcendência do recurso de revista.....	83
SALLES, Luiz Caetano de	
BORGES, Isabela Cristina Ferreira	
Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como fundamentos para homologação de acordo trabalhista extrajudicial ...	89
ZWICKER, Igor de Oliveira	
O equívoco do TST na definição do marco temporal para a delimitação do regime	

jurídico aplicável à fixação de honorários meramente sucumbenciais na Justiça do Trabalho.....	87
--	----

7º PAINEL
TEMAS RELEVANTES

BASTOS, Ana Carolina R.	
LIMA, Otávio Augusto Custódio de	
Trabalho infantil: uma reflexão sobre a invisibilidade das crianças que trabalham nas ruas	106
CORREA, Celio Roberto	
Quantificação dos danos morais em caso de morte – critérios de fixação	104
CRUZ, Katiane Darla da	
LIMA, Otávio Augusto Custódio de	
Direito do trabalho e a precarização do trabalho humano: uma análise sobre o cenário econômico e as condições de trabalho dos empregados no Brasil e necessidade de ampliação da proteção	100
GENEHR, Fabiana Pacheco	
A suspensão da carteira de habilitação do executado como medida de efetivação da execução trabalhista	109
LANNER, Maíra Brecht	
Direito à privacidade e proteção de dados do trabalhador	107
MESQUITA, Taciela Cordeiro Cylleno de	
O futuro do trabalho.....	114
MORAIS, Cleberson Ferreira de	
Por uma hermenêutica constitucional do direito às férias no âmbito do contrato de trabalho intermitente.....	93
MOSCA, Bruno Veríssimo	
LIMA, Otávio Augusto Custódio de	
Tragédia de Brumadinho: uma reflexão sobre a indenização do dano extrapatrimonial.....	112
SILVA, Letícia Cancian Selba da	
A conduta do empregador e o superendividamento do trabalhador: possibilidade de configuração de danos morais?.....	97

ZWICKER, Igor de Oliveira

A incompatibilidade da figura do preposto com o exercício da advocacia 95

A miríade de danos indenizáveis extraíveis do amplíssimo conceito de dano ex-

trapatrimonial (ou dano moral em sentido amplo) 98

A violação do princípio da reparação integral pela fixação de indenização, por dano extrapatrimonial, a partir da situação econômica do ofensor e do ofendido 102

REFORMA TRABALHISTA E TECNOLOGIAS: A DINÂMICA NAS RELAÇÕES ENTRE CAPITAL E TRABALHO E NOVAS DEMANDAS JUSLABORATIVAS

Saulo Henrique Pena Fagundes

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto.
Integrante do Grupo de Estudos de Direito do Trabalho da
Universidade Federal de Ouro Preto. Advogado em Minas Gerais.

Denominada “Reforma Trabalhista”, a Lei n. 13.467/2017 surgiu no Brasil após o período da tomada do poder executivo sobre a Presidenta Dilma Rousseff. Tal fato, embora não seja objeto central da presente análise, relaciona-se diretamente com esta, pelo viés patronal da referida alteração legal, considerando-se os anseios econômicos ligados aos então “sucessores” do governo democraticamente eleito em 2014.

Esta ruptura evidencia-se desastrosa desde sua concepção. Os atos de governo realizados pela gestão golpista, em especial o pronto atendimento às demandas da elite capitalista com relação ao Direito do Trabalho, mostram que a Reforma Trabalhista foi elaborada e patrocinada pelos detentores do capital no país, a fim de conservarem esta desigualdade.

Desse modo, se antes da Reforma a esfera justralhista já enfrentava uma série de barreiras em prol da melhor proteção à classe trabalhadora, as limitações de direitos arroladas no novo texto legal trouxeram uma realidade ainda mais fatídica ao trabalhador. Costumava-se afirmar que o Brasil detinha um Direito do Trabalho mínimo, sempre respaldado pela Constituição da República de 1988 e suas garantias de cidadania e dignidade para o trabalhador. Todavia, percebeu-se tamanho imediatismo na elaboração da Lei n. 13.467/2017, bem como sua capacidade potencializada de obstruir tais direitos e garantias, tão caras ao trabalhador.

Em essencial lição, o Prof. Amauri Cesar Alves nos ensina sobre a função capitalista do Direito do Trabalho. Segundo Alves, ela atua com o próprio ramo jurídico especializado no sentido da preservação dos interesses do capital acima da proteção ao trabalhador, sem que se questione o sistema capitalista, num verdadeiro pacto silencioso (ALVES, 2018). Ademais, o autor destaca a “culpabilização do Direito do Trabalho” em momentos de crise econômica, como clara estratégia de dirimir os patamares de direitos protetivos na relação capital-trabalho (ALVES, 2018).

Tal conceituação refletiu muito na fabricação à toque de caixa da Reforma Trabalhista, haja vista não haver dúvidas de que a grande característica do Direito do Trabalho é a proteção ao trabalhador. Seja por meio de regulamentações legais de condições mínimas laborativas, seja através de medidas sociais adotadas e implantadas pelo governo e sociedade, com garantia de direitos mínimos e fundamentais à pessoa humana, adotando o princípio da proteção ao hipossuficiente como base de tratamento.

Assim, o entendimento da Lei n. 13.467/2017 relativizou excessivamente o princípio da proteção em inúmeros dos seus dispositivos.

Um dos pilares conceituais do legislador no tocante à Reforma Trabalhista, foi a modernização. A tecnologia laborativa, cada vez mais presente no sistema capitalista, vem mudando a maneira com que o referido sistema alimenta seus lucros. As possibilidades de maximização desses valores frente à maior flexibilização, em teoria, encontram-se como um conjunto de fatores ideais para o detentor do capital, já que este consegue, através da própria tecnologia, exercer níveis de subordinação muito mais complexos, com o uso de aplicativos de comunicação, GPS, internet e outros meios. Ademais, o teletrabalho, por exemplo, permite abusos expressivos na jornada de trabalho, visto a dependência econômica do trabalhador, evidenciada sua situação de maior vulnerabilidade frente às novas formas de controle de produtividade.

A revolução tecnológica da era da informatização é uma onda global que atinge a todos, por meio dos seus impactos econômicos e sociais. O século XXI apresenta uma mudança no estilo de vida das pessoas, marcadas pela conectividade em rede. Indivíduos de todos os lugares, munidos de suas particularidades e costumes, interligados com todo o mundo em tempo real.

Ao mesmo tempo que é impossível viver imutavelmente, vem à tona incertezas e a necessidade de adaptações em inúmeras áreas de atuação humana.

Ressalta-se que esse processo é um ciclo sem fim, pois desde sempre, a sociedade se adapta, e a tecnologia, fruto do conhecimento, experiências e anseios humanos, a acompanha, revelando-se essencial à vivência individual e coletiva.

Em alguns casos, certa zona cinzenta causa obscuridades na real situação das pessoas, pelos impactos nelas refletido. Esse é o caso do mundo justtrabalhista, especialmente com o advento das tecnologias disruptivas.

Com poder e dinheiro concentrado em suas mãos, grandes corporações visam altíssimo lucro numa margem de tempo nunca antes concebida. Na prática, as tecnologias revolucionárias trazem consigo a ausência do Estado e (consequentemente) do Direito nas relações sociais e intersubjetivas. Assim, vem à tona o modelo de exploração excessiva do trabalho pela classe patronal, sendo esta preponderante econômica e contratualmente, por deter os meios de produção.

Em perspectiva histórico-social, as novas tecnologias e a relação capital-trabalho apresentam pontos coincidentes. A revolução tecnológica faz parte do sentido humanitário desenvolvimentista. Todavia, aprimoramentos devem ser feitos sempre em busca da garantia civilizatória do labor enquanto atividade fundamental à vida em sociedade e formação das possibilidades de riqueza do povo, para o próprio povo.

Vive-se a quebra de obstáculos historicamente inseridos no conceito capitalista. Barreiras do espaço e do tempo, a reestruturação dos modelos de gestão, a desregulamentação, a flexibilização exacerbada, sendo esta última aliada à questionável premissa da substituição da identificação do trabalhador, que passou de empregado, retoricamente, a “parceiro”. Neste caso, a referida “mutação da condição do trabalhador” é perigosa, já que um parceiro de negócios possui, por exemplo, a divisão de riscos do empreendimento como ônus do negócio. Nesta senda, somando a crise e o alto índice de desemprego, com a promessa (falaciosa) de uma parceria flexibilizada, o impacto na relação capital-trabalho é considerável.

A telemática é um bom exemplo de como o avanço tecnológico pode impactar as relações de trabalho. Ela alterou completamente a intensidade e o ritmo da divisão do trabalho nos diversos setores da economia. Está presente em toda cadeia produtiva, inclusive em atividades laborais presenciais, onde as informações são trocadas através de computadores e *smartphones*, até mesmo entre trabalhadores que compartilham o mesmo espaço físico. Podem também se comunicar com outras equipes de trabalho em andares, bairros, cidades, países e até continentes diferentes. Tudo à distância de um clique. A exploração do trabalho à distância alcança um novo patamar em razão da economia que ele representa para o capital. Basta disponibilizar ao trabalhador um computador com acesso à internet para tornar a sua presença física dispensável à grande parte das atividades produtivas. Assim, transfere-se à força de trabalho os custos que sempre foram próprios do empregador,

tais como: água, luz, alimentação, transporte, ferramentas de trabalho etc. Isso quando ainda o consideram empregado

A Reforma Trabalhista atinge todos os aspectos da regulação de proteção ao trabalho, reduzindo ou suprimindo direitos dos trabalhadores e fortalecendo o arbítrio patronal.

Conforme ensinamento do Prof. Mauricio Godinho Delgado, a Reforma desponta por seu direcionamento claro em busca do retorno ao antigo papel do Direito na História como instrumento de exclusão, segregação e sedimentação das desigualdades entre as pessoas humanas e grupos sociais. (DELGADO, 2017).

A referida alteração regulamentou de forma mais detalhada o trabalho remoto, definindo-o como “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”.

Curiosamente, não usou a expressão *home office*, mas sim “teletrabalho”, até porque alberga qualquer situação de trabalho que não seja realizado no estabelecimento do empresário, mas determinou a preponderância de um elemento: o uso de tecnologias de informação e comunicação. Estabeleceu que a 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, deverão ser previstas em contrato escrito. Muito se falou sobre essa disposição, que poderia ela representar a transferência do risco do empreendimento para o empregado, parte hipossuficiente da relação, porém a nova legislação cuidou de prever que tais utilidades não integram a remuneração do empregado.

Diante do exposto, 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.

Referências

- ALVES, Amauri Cesar; LEITE, Rafaela Fernandes. *Reforma trabalhista: comentários à Lei 13.467/2017*. 1. ed. Belo Horizonte: Conhecimento Jurídica, 2017.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei 13.467/2017*. Mauricio Godinho Delgado, Gabriela Neves Delgado. São Paulo: LTr, 2017.

A REVOLUÇÃO DIGITAL E O INFOPROLETÁRIO NO BRASIL

Marcelo Ivan Melek

Doutor em Direito. Mestre em Educação. Especialista em Direito do Trabalho e Processual do trabalho. Bacharel em Direito e em Administração de Empresas. Advogado e professor de direito do trabalho, processual do trabalho e prática trabalhista da Universidade Positivo.

Alessandra Barichello Boskovic

Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, com estágio de doutoramento (período sanduíche) na Fordham University School of Law. Professora de Direito do Trabalho no curso de Direito (Graduação) e Coordenadora da especialização (Pós-Graduação *lato sensu*) em Direito e Processo do Trabalho na Universidade Positivo. Advogada.

O uso de novas tecnologia pela sociedade hodierna tem modificado o modo de produção no Brasil, no campo da indústria e dos serviços, ainda que em proporções, formas e razões distintas. Esse novo modo de produção capitalista provoca profundas alterações nas relações e formas de trabalho. A denominada Revolução Digital⁽¹⁾ é responsável em criar novos postos de trabalho e modificar os já existentes em diversos segmentos da economia.

O impacto da Revolução Digital nas relações de trabalho é amplo, como na organização do trabalho, na remuneração e garantias laborais na saúde do trabalhador. Para se ter uma ideia sobre o impacto dessa Revolução, verifica-se o número de empresas no setor industrial e de serviços. Em 1989, um ano após a chegada da internet no Brasil, havia 7,7 milhões de trabalhadores nas fábricas e 11,9 milhões no setor de serviços. Em 2017 houve um crescimento discreto no número de trabalhadores fabris, sendo de 9,6 milhões, ocorrendo o inverso no setor de serviços, sendo turbinado pela Revolução Digital, contando com 26 milhões no setor de serviços⁽²⁾. Percebe-se, facilmente, que as vagas nas indústrias estão diminuindo, fruto também da tecnologia e automação, e no setor de serviços aumentando em proporção jamais vista.

Sobre esta realocação da força de trabalho da indústria para os serviços, “Em nada diferente de países desenvolvidos, o Brasil vive um momento de grandes

e profundas transformações decorrentes da realocação da força de trabalho da indústria para os serviços, do trabalho assalariado para o autônomo, do emprego presencial para o virtual”.⁽³⁾

O novo mundo digital também é responsável pela criação do denominado infoproletário⁽⁴⁾, que consiste naquele trabalhador que depende da tecnologia, da era digital, para exercer o seu labor. São exemplos desta figura: trabalhadores de aplicativos, *telemarketing*, técnicos da indústria de *software*, vendedores de comércio digital, bancários, dentre outros.

Outra grande característica desse modo de produção é que são trabalhos de alta intensidade, de horas de trabalho, com baixa criatividade e capacidade de controle, com pouca ou nenhuma estabilidade financeira e/ou laboral.

Algumas dessas novas formas de trabalho são tuteladas pelas normas de direito do trabalho e de seguridade social, enquanto que para outras não há regulamentação, fazendo com que o trabalhador não possua garantias mínimas como salário e proteção ao desemprego ou no caso de doenças. Sejam qual forem estas formas de trabalho, todas têm em comum o grande risco de adoecimento, fruto dos métodos e estrutura de trabalho, sendo as mais comuns a ansiedade, síndrome do pânico, síndrome de *burnout*, agressividade, insegurança, depressão e perda do próprio sentido do trabalho.

Como exemplo de trabalhadores que possuem proteção legal, uma vez enquadrados como empregados, mencionam-se os operadores de *telemarketing*. O Brasil conta com 1,6 milhão de trabalhadores nesta modalidade, e segundo os dados obtidos nesta pesquisa, 39% tem lesão por esforço repetitivo, 27% transtornos

(1) O termo Revolução Digital também é denominado de terceira Revolução Industrial. “Com a chamada terceira revolução industrial, uma série de inovações tecnológicas são implantadas como o desenvolvimento da robótica, microeletrônica, automação, além de novas formas de gerenciamento, que fazem com que o perfil do mundo do trabalho modifique-se de forma acelerada nos países desenvolvidos, e também nos países do terceiro mundo, em especial, com o predomínio do setor de serviços sobre os demais”. PRIEB, Sérgio. *A classe trabalhadora diante da terceira Revolução Industrial*. Anais V Colóquio Unicamp. Disponível em: <https://www.unicamp.br/cemarx/anais_v_coloquio_arquivos/arquivos/comunicacoes/gt4/sessao1/Sergio_Prieb.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2019.

(2) Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *O Brasil em síntese*. Disponível em: <<https://brasilemsintese.ibge.gov.br/trabalho.html>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

(3) KANAN, Lilia Aparecida; ARRUDA, Marina Patrício de. *A organização do trabalho na era digital*. Estudos de psicologia (Campinas). Vol. 30. no. 4. oct./dec. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-166X201300040001>. Acesso em: 29 abr. 2019.

(4) Termo difundido por Ricardo Antunes em suas pesquisas e obras. Sobre o tema consultar: ANTUNES, Ricardo; BRAGA, Ruy. *Infoproletários: degradação real do trabalho virtual*. São Paulo: Boitempo, 2009.

psíquicos e 25% disfunções de voz e audição⁽⁵⁾. Estes dados são contestados pela Associação Brasileira de Telesserviços (ABT) afirmando que o índice de adoecimento é inferior a 0,5%⁽⁶⁾. As principais causas destas patologias referem-se ao alto grau de cobrança, de fixação de metas impossíveis de serem atingidas, de constante e brutal pressão no que tange a padrões de atendimento, número de ligações ou de atendimentos, e atingimento de meta.

No campo dos trabalhadores que não possuem proteção laboral porque não são enquadrados como empregados, citam-se os motoristas de aplicativos, a exemplo da Uber — empresa de tecnologia que está transformando a forma de mobilidade nas cidades, ao conectar usuários e motoristas parceiros por meio de aplicativo. Apesar da empresa não possuir sequer um veículo, mesmo assim é responsável por transportar mais de 22 milhões de usuários só no Brasil, e mais de 75 milhões no mundo, segundo dados da própria empresa. Em 2018 foram realizadas 10 bilhões de viagens nos países em que atua. Apesar de haver mais de 20 mil empregados da empresa no mundo, são 3 milhões de motoristas parceiros no plano internacional e mais de 600 mil no Brasil⁽⁷⁾.

Esse tipo de empresa de tecnologia aparece como uma “salvação” para os mais de 13 milhões de desempregados no Brasil, mas ao mesmo tempo representa um grave risco para as relações de trabalho, fruto da ausência de normas trabalhistas específicas que regulem tais trabalhos, ficando estes trabalhadores à margem da proteção legal, das relações típicas de emprego, além de assumirem todo o risco da atividade. Trabalham, em regra, de segunda a segunda, com jornada de mais de dez horas, suscetíveis ao adoecimento, seja pelo *stress* constante da função de conduzir, pelo sedentarismo, pelo pouco intervalo diário para repouso e alimentação, seja pela jornada de trabalho elevada.

Neste caso, em que o trabalhador não possui garantias oriundas do direito do trabalho, a situação é ainda mais grave e precária. Se o motorista deixa de trabalhar por exemplo no modelo acima exposto, tem o efeito imediato de não receber remuneração, pois não é titular de nenhum outro direito ou garantia. Logo, não lhe resta outra alternativa a não ser continuar laborando nestas precárias condições, em especial, em um contexto marcado pelo alto índice de desemprego.

A Revolução Digital impacta a saúde do trabalhador brasileiro e cria a figura dos infoproletários, os novos operários do sistema produtivo, que sonham com as facilidades trazidas pela tecnologia, como flexibilidade do horário e jornada de trabalho, autonomia e liberdade de labor e atividades não braçais ou mais leves do que aquelas vividas nas indústrias antes da era digital. No entanto, encontram no mercado o oposto:

(5) Vigilância Sanitária. Centro colaborador em vigilância sanitária. Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca da Fundação Oswaldo Cruz. *Telemarketing: operadores cada vez mais sofrem de distúrbios psíquicos*. Disponível em: <<http://www6.enesp.fiocruz.br/visa/?q=node/4347>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

(6) Associação Brasileira de Telesserviços. *Dados sobre o telemarketing*. Disponível em: <<http://abt.org.br/?s=%C3%ADndice+de+adoecimento>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

(7) Equipe Uber. *Fatos e dados sobre a Uber*. Brasil, 31 de janeiro de 2019. Disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/fatos-e-dados-sobre-uber/>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

risco da atividade suportado exclusivamente por eles, pouca ou nenhuma estabilidade, nenhuma garantia de remuneração, patologias típicas desse modo de produção e jornada exaustiva de trabalho.

Fica latente e urgente a necessidade de regulação desses profissionais que estão à margem da proteção legal e da necessidade de aprimorar a legislação vigente aos empregados, adequando-as a nova realidade do labor digital. Além disso, outro problema desta realidade é a substituição gradativa pela figura do empregado por outras formas de trabalho autônomo, havendo um grande retrocesso social.

Todavia, é preciso revisitar os elementos da relação de emprego, levando em conta os novos elementos fáticos trazidos pelo mundo digital, como por exemplo o requisito da subordinação. Conforme afirma Jéfferson Ramos Brandão: “as novas características da atual sociedade revelam o obsolescimento dos elementos de identificação da figura jurídica do empregado”, sendo que as “novas figuras contratuais e transformações dos tradicionais modelos de prestação de serviços desafiam o antigo modelo normativo”⁽⁸⁾. Desta forma, uma relação de trabalho que a princípio seria enquadrada como autônoma, pode ser enquadrada como empregatícia, uma vez presentes os elementos constantes no art. 3º e art. 2º da CLT.

Sem dúvida, são muitos os desafios que a Revolução Digital traz para a sociedade e para o mundo do Direito, especialmente no cumprimento dos valores constitucionais, acerca da valorização e dignidade do trabalho.

Referências

ANTUNES, Ricardo; BRAGA, Ruy. *Infoproletários degradação real do trabalho virtual*. São Paulo: Boitempo, 2009.

Associação Brasileira de Telesserviços. *Dados sobre o telemarketing*. Disponível em: <<http://abt.org.br/?s=%C3%ADndice+de+adoecimento>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

BRANDÃO, Jéfferson Ramos. Contrato de trabalho na sociedade pós-industrial e a necessidade de revisão dos requisitos da relação de emprego. In: *Direito do Trabalho Contemporâneo*. Flexibilização e efetividade. Coord.: José Affonso Dallegrave Neto. São Paulo: LTr, 2003.

BRASIL. Decreto-Lei n. 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: 30 abr. 2019.

EQUIPE UBER. *Fatos e dados sobre a Uber*. Brasil, 31 de janeiro de 2019. Disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/fatos-e-dados-sobre-uber/>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

(8) BRANDÃO, Jéfferson Ramos. Contrato de trabalho na sociedade pós-industrial e a necessidade de revisão dos requisitos da relação de emprego. In: *Direito do Trabalho Contemporâneo*. Flexibilização e efetividade. Coord.: José Affonso Dallegrave Neto. São Paulo: LTr, 2003, p. 64.

- IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. O *Brasil em síntese*. Disponível em: <<https://brasilemsintese.ibge.gov.br/trabalho.html>>. Acesso em: 30 abr. 2019.
- KANAN, Lília Aparecida; ARRUDA, Marina Patrício de. *A organização do trabalho na era digital*. Estudos de psicologia (Campinas). v. 30. no. 4. oct./dec. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-166X201300040001>. Acesso em: 29 abr. 2019.
- PRIEB, Sérgio. *A classe trabalhadora diante da terceira Revolução Industrial*. Anais V Colóquio Unicamp. Disponível em: <https://www.unicamp.br/cemarx/anais_v_coloquio_arquivos/arquivos/comunicacoes/gt4/sessao1/Sergio_Prieb.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2019.
- Vigilância Sanitária. Centro colaborador em vigilância sanitária. Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca da Fundação Oswaldo Cruz. *Telemarketing*: operadores cada vez mais sofrem de distúrbios psíquicos. Disponível em: <<http://www6.ensp.fiocruz.br/visa/?q=node/4347>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

TELETRABALHO NA REFORMA TRABALHISTA BRASILEIRA

Denise Fincato

Pós-Doutora em Direito do Trabalho pela Universidad Complutense de Madrid (Espana). Doutora em Direito pela Universidad de Burgos (Espana). Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professora Pesquisadora do PPGD da PUC-RS. Acadêmica Titular da Cadeira n. 34 da ASRDT. Advogada e Consultora Trabalhista, Sócia de Souto Correa, Cesa, Lumertz e Amaral Advogados.

O teletrabalho é modalidade de prestação de serviços inequivocamente flexibilizatória: flexibiliza o tempo e o espaço do trabalho em face de seu modelo clássico, cunhado na era da Revolução Industrial. O teletrabalho é modalidade especial de trabalho à distância, tipo específico, contido neste. Não à toa, o legislador reformista o introduz no ordenamento brasileiro com requisitos específicos e formalidades intrínsecas à contratação, que o fazem *contrato especial*.

Com o teletrabalho, que não é destinado apenas às relações de emprego, não se faz mais necessária a coabitação do empregador e de seus empregados, ao revés, seu pressuposto é a distância entre ambos. Da mesma maneira, com o teletrabalho, é possível trabalhar — sempre que a atividade o permitir — em horários aleatórios, distintos dos fabris ou até mesmo do padrão social, observando biorritmos, responsabilidades familiares ou outras condicionantes-limitantes do tempo do trabalhador, desde que se faça a mediação da distância via tecnologias de informação e comunicação.

No Brasil dos anos 2000, foram sugeridas algumas propostas legislativas e ganhou força a Lei n. 12.551/2011 que apenas tangenciou o tema, alterando o art. 6º da CLT para modificar seu *caput*, igualando o trabalho presencial ao “trabalho a distância”, acrescentando-lhe também um parágrafo no qual atribuiu aos comandos e controles telemáticos eficácia idêntica aos presenciais, especialmente para fins de identificação do elemento subordinativo, caracterizador da relação

empregatícia. Com isto, alguns entenderam que o teletrabalho, no Brasil, estaria suficientemente regrado, no entanto, para tal, a sociedade brasileira deveria estar acostumada a reger suas relações à luz de normas abertas, o que (ainda) não é o caso.

Destarte, seguiu-se com a necessidade de maior verticalização na minúcia legislativa do contrato. A experiência internacional era e é inequívoca ao demonstrar tal necessidade: Portugal, Espanha, Colômbia, Itália, entre outros, todos já têm alguma regulação para o teletrabalho. Enquanto a legislação brasileira não vinha, algumas empresas ou categorias supriam as lacunas legais com regulamentos empresariais e instrumentos coletivos.

Pois, no teletrabalho, conjugam-se elementos que permitem identificar algo além do mero trabalho fora do estabelecimento (sede física) do empregador. Tem-se a presença obrigatória da tecnologia da comunicação e informação, quer como ferramenta de trabalho, quer como mediadora da distância relacional, ou até mesmo próprio espaço (virtual) de trabalho.

O teletrabalho é modalidade laboral que ultrapassa os conceitos e experiências de trabalho próprios da Revolução Industrial, situando-se na chamada era da Revolução Informacional. Com ele (e outros tantos fenômenos próprios da contemporaneidade), diversos paradigmas necessitam ser reelaborados, uma vez que o trabalho atual e futuro já é e cada vez mais será des-territorializado e atemporal.

O teletrabalho não estava contido no PL n. 6.787/2016⁽¹⁾, sendo acrescido pela Comissão de Deputados que elaborou o PLC n. 38/2017. Primeiramente, é de se colocar que a Lei n. 13.467/2017 altera o *status quo* da igualização genérica outrora estabelecida entre o trabalho a distância e o trabalho presencial pelo art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho — CLT⁽²⁾ e nela abre capítulo para acomodar a normatização do teletrabalho (art. 75-A), a exemplo do que fez Portugal ainda em 2003⁽³⁾ em seu Código do Trabalho. Registram-se, ainda, duas outras referências ao teletrabalho dispostas no texto reformado da CLT: os arts. 62, III e 611-A, VIII. O primeiro, para localizar o teletrabalho entre as formas de prestação de serviço subordinado excluídas do controle da duração de jornada e o segundo para dizê-lo tema factível de negociação coletiva.

No art. 75-B da CLT, seguindo o exemplo de ordenações estrangeiras e o próprio costume da CLT, o legislador ocupa-se em positivar a conceituação do teletrabalho, acertadamente identificando-o como mera forma diferenciada de prestar serviços. Com isto, afasta-se a ideia de que os teletrabalhadores ocupariam categoria profissional diferenciada, por exemplo, eis que qualquer atividade em que possível a transmissão/realização do trabalho pelas tecnologias de informação e comunicação torna-se passível de teletrabalho.

O legislador impõe forma à contratação do teletrabalho no art. 75-C: expressa e, ao que se concluirá com a análise dos artigos seguintes, escrita. A forma expressa escrita⁽⁴⁾ se justifica em razão da quantidade de temas que devem ser regrados de maneira inequívoca entre as partes, como adiante se verá. Na avença, deve-se registrar com a maior exatidão possível as atividades que serão realizadas pelo empregado em regime de teletrabalho. Os parágrafos preveem hipótese de variação das condições contratuais, admitindo que possa o

teletrabalho surgir como opção no decurso da relação laboral ou prevendo eventual necessidade de reverter o originário regime telemático durante a contratação, envolvendo-o presencial.

O art. 75-D refere a necessidade de registro no contrato escrito quando existentes disposições sobre a aquisição, manutenção e fornecimento de equipamentos e infraestrutura para o trabalho remoto, incluindo nesta mesma lógica as despesas feitas pelo empregado para teletrabalhar. Deixa claro ainda, que a entrega de utilidades ou o reembolso de despesas não integrará a remuneração do empregado. Entende-se que se as partes não dispuserem sobre equipamentos e despesas, pela lógica protetiva laboral, aliada ao fato de que, genericamente, é do empregador o risco do empreendimento⁽⁵⁾, em eventual demanda judicial será atribuído ao empregador o dever de ressarcir os custos eventualmente arcados pelo teletrabalhador na composição da infraestrutura necessária à prestação do trabalho remoto.

O tema de Saúde e Segurança no Trabalho vem no art. 75-E, pelo qual vê-se que o legislador segue a lógica do art. 157 da CLT, onde já se dispunha que o empregador deveria instruir seus empregados acerca dos riscos do trabalho e do ambiente de labor, educando-os para a precaução. No entanto, este dever de orientação não pode se resumir à elaboração e entrega ao empregado de um manual de boas práticas, genéricas e estáticas. O ato de instruir deve ser compreendido como em conceito dinâmico e mutante, tanto quanto o ambiente e os métodos de trabalho. Daí defender-se que, de tempos em tempos, deva o empregador realizar alguma inspeção do ambiente laboral, assim como precaver-se 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.

Enfim, tomando por referência experiências de outras nações, mas sem copiá-las, o Brasil construiu seu próprio modelo de regulação para o teletrabalho e ingressa no rol dos países que o positivaram. É o começo de um novo tempo, tempo em que ainda é possível se perceber que “nem tudo é igual a tudo”, apesar da liquidez das relações e da velocidade nos avanços tecnológicos, indutores naturais da massificação humana.

(1) Nesse sentido, ver histórico da Reforma Trabalhista brasileira em FINCATO, D.P. Reforma Laboral no Brasil — Tópicos. *I Colóquio Hispano-Brasileiro Direito do Trabalho e Reformas*. Disponível em: <https://issuu.com/unifatos/docs/i_coloquio_hispano_brasileiro_downl>. Cascavel: UNIVEL, 2017. p. 94

(2) “Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. (Redação dada pela Lei n. 12.551, de 2011)

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.”

(3) Código do Trabalho de Portugal. Disponível em: <http://cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab_LR1_004.html#L004S14>. Acesso em: 27 set. 2017. A legislação sobre teletrabalho foi novamente alterada em 2009.

(4) Pois, ao registrar apenas “forma expressa”, o legislador deixa azo à possibilidade de sua expressão verbal.

(5) Art. 2º da CLT: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”, recordando que a direção da prestação pessoal de serviços pode se dar por meio telemático para os fins de caracterização da subordinação, segundo o que estabelece o art. 6º da CLT.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO E A VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Leda Maria Messias da Silva

Pós-doutora em Direito do Trabalho pela Universidade de Lisboa, em Portugal; Doutora e Mestre em Direito do Trabalho, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP; Ex-professora da Universidade Cândido Mendes e da Universidade Sreder Bastos, no Rio de Janeiro/RJ; Professora do Mestrado em Ciências Jurídicas e da graduação em Direito do Centro Universitário de Maringá/PR; Professora da Graduação e das Pós-graduação da Universidade Estadual de Maringá/PR; Pesquisadora do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação; Bolsista Produtividade em Pesquisa do ICETI e advogada.

Ana Paula Lemos Baptista Marques

Mestre em Ciências Jurídicas pelo UNICESUMAR (Centro Universitário de Maringá/PR). Pesquisadora do Programa de Suporte à Pós-graduação de Instituições de Ensino Particulares CAPES (módulo Taxas) e pesquisadora do ICETI (Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação) e CNPQ/UEM. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania e especialista em Direito de Família e Sucessões pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Graduanda em Licenciatura em Letras Português-inglês, pós-graduanda em Direito e Prática Previdenciária pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogada e Conciliadora Judicial do Tribunal de Justiça do Paraná.

1. Introdução

A influência da ascendência tecnológica, principalmente da inteligência artificial e da robótica, no meio ambiente laboral gera impactos positivos e negativos. Este novo contexto, pautado nos prodígios computacionais precisa ser recepcionado pelo homem enquanto valia ao meio ambiente do trabalho, todavia sem que seja obliterada a relevância da dignidade do trabalhador. Evidentemente, seria um insólito desperdício abandonar os valiosos estudos em andamento envolvendo a inteligência artificial, porém há que se harmonizar o relacionamento homem/máquina e meio ambiente de trabalho.

Em meio ao debate acerca de tal movimento, uma das hipóteses é a de que a ascendência da inteligência artificial e o desenvolvimento da automação no meio ambiente do trabalho são uma realidade na sociedade contemporânea que tem colocado em cheque a saúde do empregado, sua vida social e suas relações familiares, tendo em vista a constante ameaça de substituição de seu posto de trabalho pelos robôs.

Esta tese justifica-se, assim, pela necessidade de proteção aos direitos dos trabalhadores em face da inserção da inteligência artificial no meio ambiente de trabalho e da possibilidade de violação dos direitos da personalidade. Sua relevância é indiscutível, uma vez que o tema se revela, totalmente, pertinente ao contexto atual, em que os avanços tecnológicos e o acesso

da inteligência artificial (máquinas/robôs), no âmbito do trabalho seguem substituindo postos de trabalho humanos, dos serviços braçais aos postos intelectuais. Emprega-se o método dedutivo para o seu desenvolvimento, partindo de questões gerais para específicas pertinentes ao tema.

2. O meio ambiente de trabalho digno e os direitos da personalidade do trabalhador

É imperioso observar que a Constituição Federal de 1988 reconhece a importância da dignidade da pessoa humana desde o art. 1º, inciso III. Por essa razão, todos os seres humanos, sem exceção, são dignos e, de modo particular, o são no meio ambiente de trabalho, onde a vida do trabalhador deve ser preservada na mesma proporção que o meio ambiente deve ser equilibrado, conforme o art. 225, do mesmo diploma legal, para que haja convivência harmoniosa nas relações empregatícias.

É notório que a legislação trabalhista protege, indiretamente, os direitos da personalidade dos sujeitos da relação de trabalho, tendo em vista que, muitas vezes, a globalização e a busca incessante pelo lucro podem ensejar em atos que atentam a dignidade da pessoa humana e os direitos de personalidade.

De igual modo, Mauricio Godinho Delgado assevera que os direitos da personalidade do trabalhador são princípios cardeais da ordem constitucional brasi-

leira democrática, uma vez que a própria Constituição reconhece a essencialidade da conduta laborativa como sufrágio do ser humano, quer no plano de sua própria individualidade, quer no plano de sua inserção familiar e social (DELGADO, 2017, p. 55-60).

Por conseguinte, para que o meio ambiente do trabalho esteja equilibrado, os direitos da personalidade do trabalhador devem ser considerados, eis que, somente a partir da eficácia na garantia destes direitos, é que o meio ambiente de trabalho tornar-se-á digno, corroborando em melhor qualidade de vida ao trabalhador, garantindo, ao mesmo tempo, a produção e suprindo as necessidades existenciais da pessoa no meio ambiente de trabalho.

Desse modo, é importante ressaltar que a convivência de homens e máquinas, cada vez mais frequente no meio ambiente do trabalho, não pode atentar à dignidade humana, tampouco aos direitos da personalidade dos trabalhadores, dentre eles o direito à vida, à honra e à saúde de seres humanos em detrimento da automação. Uma vez feridos tais direitos, ao trabalhador, resta o alheamento do meio ambiente laboral, haja vista o enquadramento no ordenamento jurídico constitucional e trabalhista, que garante o respeito a estes direitos, quando da prevenção das relações laborais, visando, mormente, a valorização da pessoa humana.

Por outro lado, ao passo que a ascendência da inteligência artificial no meio ambiente de trabalho gera impactos positivos para o auxílio e desenvolvimento das atividades repetitivas e manuais, resguardando à saúde do trabalhador, em situações nas quais a tecnologia seja aplicada excessivamente, afetando a inclusão do trabalhador sem lhe apresentar alternativas, a ascendência da inteligência artificial no ambiente laboral tende a ser prejudicial, ocasionando impactos negativos. Portanto, desde já, mister criar alternativas e políticas públicas, para inclusão do trabalhador no meio ambiente de trabalho robotizado. É necessário que haja a conscientização, pelo Estado e de toda a sociedade, para o melhor manuseio das máquinas, por exemplo, para que facultem equilibrar a convivência homens e máquinas.

Tais perspectivas salientam que o trabalhador deve ter asseguradas suas garantias constitucionais, como alguma segurança jurídica ante aos avanços tecnológicos, principalmente em relação às ameaças de substituição dos integrais postos de trabalho pelas máquinas, pois o artífice do aprimoramento da automação é o ser humano e, no meio ambiente laboral, o trabalhador, que, desde os primórdios conquistou seus direitos trabalhistas para que, em quaisquer períodos históricos, a proteção lhe fosse assegurada; ou, no caso em pauta, diante da mencionada adaptação da mão de obra eletrônica em consonância à força de trabalho humana, que as garantias jamais sejam violadas; aliás, sendo sempre lembradas e estabelecendo o equilíbrio no meio ambiente de trabalho.

Uma das medidas possíveis seria estabelecer a cobrança de impostos sobre o uso das máquinas, a fim

de que a mão de obra humana, não seja totalmente descartada. Também programas de qualificação do trabalhador, voltados para o mundo tecnológico, em que proporcionariam, minimamente, a inclusão deste trabalhador deslocado do ambiente de trabalho, em face da ascensão da inteligência artificial.

3. Conclusões

Diante do exposto, conclui-se que ao analisar os direitos fundamentais do homem e os direitos sociais que lhe são próprios, depreende-se que o conjunto desses direitos são imprescindíveis à concretização da própria dignidade da pessoa humana.

Por esse motivo, a reiteração específica da dignidade da pessoa humana deve ser preservada, principalmente a manutenção da dignidade do trabalhador. Destarte, quando o discurso envolve os robôs, a primeira indagação que vem à mente é: Essas máquinas vão “roubar” os empregos das pessoas? Há estudiosos da inteligência artificial que afirmam que a automação em fábricas, indústrias e em outros postos ressoará na oferta de emprego; outros preveem um futuro destruidor nesse sentido; enquanto outros entendem que o abalo não será apocalíptico como alguns delineiam.

Nesta senda, o presente estudo conclui que, tanto os direitos da personalidade quanto o meio ambiente de trabalho devem ser preservados, a fim de garantir harmonia nas relações do trabalho. Portanto, os direitos da personalidade dos trabalhadores jamais devem ser lesados, especialmente quando a questão é a substituição da mão de obra humana pelos robôs e pelas máquinas; em outras palavras: os direitos da personalidade dos trabalhadores, como a vida e a saúde, não devem ser afetados, sobretudo no que tange à sua dignidade. Para tanto, desde já é necessário revisar as políticas públicas voltadas à inclusão do trabalhador, como a cobrança de taxas pelo uso da mão de obra artificial e políticas de qualificação profissional.

Essa discussão, no entanto, está apenas iniciando sua jornada. Com o avanço das tecnologias e da inteligência artificial, é indispensável indagar sobre o tema, questionar se a tecnologia será aliada do homem e se este está preparado para o avanço desse tipo de conhecimento técnico e científico em seu ambiente de trabalho, a partir desta reflexão será possível conceber um ambiente propício para a convivência entre os mundos do homem e da máquina, bem como para a transposição desse muro, com qualidade de vida e, consequentemente, dignidade.

Referências

- DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios constitucionais do trabalho e princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito contemporâneo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011.

NOVAS RELAÇÕES DE TRABALHO APÓS A REFORMA TRABALHISTA E A LEI DE TERCEIRIZAÇÃO

Adriano Jannuzzi Moreira

Graduado em Direito pela UFMG. Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos. Doutorando em Direito junto a Universidad Castilla-La Mancha. Especialização Internacional na UPC Universitat Politècnica de Catalunya. Professor convidado da Pós-Graduação *lato sensu* PUC/MG. Advogado responsável pelo contencioso e consultoria trabalhista do Santos Moreira Advogados Associados. Controller Jurídico do Grupo Bel — Distribuidor Iconic Lubrificantes (Texaco). Membro fundador do IBGPAT — Instituto Brasileiro de Gestão de Prevenção de Acidentes de Trabalho. Consultor nas áreas de avaliação e desempenho da gestão empresarial e manejo avançado de crises. Juiz Classista junto ao TRT3 de 1996 a 2002. Autor de livros e artigos.

As relações de trabalho passaram por avanços importantes. As alterações trazidas pela Lei n. 13.429/2017 (Terceirização) e pela Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) foram essenciais para aproximar a legislação das transformações da produção. O desafio atual é efetivar a implementação dessas mudanças. Desse modo, será possível dar continuidade à construção de uma estrutura de mercado de trabalho mais dinâmica e à formação de um ambiente de negócios propício aos investimentos, à geração de empregos e ao empreendedorismo.

Estas modernizações se fizeram necessárias para reduzir as burocracias existentes, garantir a segurança jurídica e ajustar a lei às novas formas de produzir e trabalhar. Após 73 anos de sua criação, sem alterações, criou-se um cenário em que tínhamos uma legislação rígida, com pouco espaço para negociação, alinhado com uma burocracia extrema que onerava excessivamente o emprego formal, sem atender às novas formas de trabalho. Este cenário gera um desajuste entre a legislação e a realidade produtiva o que cria um ambiente desfavorável para os negócios, perda de competitividade e insegurança jurídica.

Para os juristas, foi iniciada uma jornada de adaptação e desenvolvimento, já que ainda temos mais de 900 artigos na CLT, 200 leis esparsas, 900 enunciados de jurisprudência, 95 Convenções da OIT ratificadas pelo Brasil, sendo o 11º país que mais ratificou no mundo.

O levantamento feito pelo CNJ em 2017 denominado Justiça em Números aponta que temos 48,1 milhões de trabalhadores no mercado formal, contando com 9,5 milhões de processos, o que significa 1 processo trabalhista para cada 5 trabalhadores com carteira assinada.

A Reforma foi realizada foi feita com base na liberdade com proteção, inclusão dos excluídos, auto resolução de impasses, racionalização do processo judicial e equilíbrio entre direitos e deveres.

As alterações foram realizadas com o intuito de afastar os desestímulos gerados pela insegurança jurídica com a anulação de cláusulas e indenizações exa-

geradas e direitos desatualizados como: férias somente em 1 ou 2 períodos e 15 minutos de descanso antes da hora extra. Para tanto foram criados diversos estímulos, dos quais podemos salientar o aumento da segurança jurídica com a valorização do negociado e proteção do desprotegido e ao atualizar os direitos relativos a mérito e produtividade, tem-se a estimulação de investimentos e geração de trabalho protegido.

Com todas as alterações ocorridas, temos muito para ser absorvido em tão pouco tempo: anos de cultura de litígio positivista e protecionista terão de tomar ares liberais da noite para o dia. Se as transformações políticas, sociais e econômicas das últimas décadas provocaram mudanças profundas na concepção do trabalho e do emprego, então temas globalização, desemprego e inovações tecnológicas são tomados como objetos de estudo por afetarem as relações trabalhistas no Brasil e no mundo.

Com todas estas alterações, foi possível perceber os impactos na Justiça do Trabalho com a moralização de seu uso e a redução dos gastos com conflitos. Em médio prazo, teremos a redução do medo de empregar com a utilização dos novos contratos de trabalho, o que irá melhorar a produtividade, estimulando investimentos e aumentando a quantidade de empregos.

Em longo prazo, podemos vislumbrar uma mudança cultural geral com regras mais eficazes para o futuro do trabalho. Isto é mais do que necessário, já que em alguns lugares do mundo já se tem a preocupação de como criar uma legislação que implique a segurança do trabalho para um local onde se trabalham humanos e robôs no mesmo local.

Atualmente, temos discussões sobre como diminuir os riscos e aumentar as oportunidades, temas sobre o momento dos algoritmos e da inteligência artificial, que cria fase de transição e insegurança, uma crise social e política generalizada, ruptura da simetria entre produtividade e compensação, fruto da globalização, o surgimento do novo contrato social oriundo da colaboração entre sindicatos e empresas, trabalho por conta própria, falta de qualificação da mão de obra, so-

cidade 4.0, aumento da expectativa de vida, tendência neoliberal, e novos modelos de solidariedade.

Um relatório elaborado pela ONG *Global Justice Now* aponta que 2/3 do PIB mundial está na mão de 28 empresas multinacionais⁽¹⁾, o que significa que a maioria dos Estados não tem condições de competir, traçar restrições ou regras absolutas para as empresas, pois desta forma, o controle está na mão destas empresas.

Este novo cenário está entrelaçado com a Agenda 2030 da ONU que visa criar um desenvolvimento sustentável para todo o planeta, o que gera a necessidade de verificar os paradigmas sobre os quais as empresas irão se pautar para desenvolver o seu crescimento.

A realidade atual mostra um panorama notavelmente mutável nos elementos essenciais que marcam as relações trabalho, e em particular, a situação de trabalho dentro da nossa sociedade. A estes efeitos, pelo menos a ordem de seis fenômenos variados que estão influenciando decisivamente na transformação do trabalho: Economia Globalizada; Digitalização da atividade produtiva como resultado da extensão das novas tecnologias da informação, implantação de inteligência artificial e robótica; Descentralização ou externalização da produção como forma de organização das empresas; O impacto da economia sobre o meio ambiente e a aceleração das alterações climáticas; Intensificação dos fluxos migratórios; Mudanças culturais na percepção da cidadania no mundo da Trabalho.

Com a globalização e a terceirização como palco de mercados diferenciados, adaptando-os a diferentes requisitos e modelos culturais econômicos/produativos, onde a competitividade já não é apenas uma questão de custos reduzidos, mas adaptar-se às exigências variadas.

Grande parte das companhias está hoje desvinculada de uma base territorial, decidindo sua posição de acordo com os custos relativos da produção nos vários países.

Fenômenos de descentralização que no passado não eram viáveis por causa da tecnologia utilizada ou da incapacidade de agir a nível supranacional, são agora perfeitamente viáveis em consequência do jogo combinado de globalização econômica e da implementação das tecnologias da informação e das comunicações.

Diante destes novos cenários e das modernizações trazidas pela Reforma Trabalhista, é possível ao Empresário que queria se adaptar a legislação, verificar todo o seu passado em busca de passivos existentes nos setores, analisando a possibilidade de terceirizar setores, redução do quadro de funcionários, negociar com os sindicatos e elaborar PDV's, bem como a criação de um Regulamento Interno com o intuito de prevenir novos passivos e criar um Sistema Preventivo de Saúde e Segurança Ocupacional, também adaptando os contratos existentes às realidades da Reforma.

(1) Disponível em: <http://www.globaljustice.org.uk/sites/default/files/files/resources/corporations_vs_governments_fnal.pdf>.

O CONARH⁽²⁾ é um congresso de RH realizado anualmente no Brasil e em suas últimas edições tem trabalhado o perfil dos colaboradores para 2020 conforme apontado no relatório do Fórum Econômico Mundial⁽³⁾, sendo que por ordem de preferência, o colaborador deverá apresentar as seguintes habilidades: Solução de problemas complexos; Pensamento crítico; Criatividade; Gestão de pessoas; Empatia com os outros; Inteligência Emocional; Bom senso e tomada de decisões; Orientação para os serviços; Negociação; Flexibilidade cognitiva.

Neste cenário, os indivíduos que transformam suas organizações têm de estar incomodados o suficiente com a situação atual a ponto de investir esforços para mudar e assumir os riscos da mudança. Os líderes que desejem que suas organizações se transformem continuamente devem, portanto, cultivar o denominado paradigma da insatisfação.

Existem o tipo certo e o tipo errado de insatisfação. O certo é um constante questionamento do *status quo* e a busca de mudanças mais do que incrementais. O errado é o que está sempre achando erros no presente e atribuindo a outros a culpa e a responsabilidade por consertar as coisas. Enquanto o tipo errado de pessoa insatisfeita desmotivada, o correto é altamente inspirador. É também relativamente raro, mesmo entre executivos seniores. Mas a insatisfação certa pode ser ensinada e, sob as condições adequadas, é até capaz de se tornar contagiosa.

A mudança é um dos movimentos mais desafiantes da gestão. Não pode ser simplesmente desenhada, executada e medida. Precisa ser vivida. Por isso, líderes que promovem mudanças são cada vez mais valorizados no mundo. Diante de todo este cenário, é necessário que o empresariado brasileiro fique insatisfeito da forma correta com sua situação atual de sua empresa e busque se adaptar a todos os novos cenários do mundo atual.

Finalizamos com uma frase de Fabio Coelho, diretor-geral do Google Brasil sobre liderança:

“Um líder transformador busca promover o engajamento de um grupo de pessoas em torno de uma visão que parece impossível de ser executada. Ele consegue ter sucesso se conseguir criar as condições para que essa visão vire realidade. Uma vez, li que as pessoas seguem líderes que têm quatro ingredientes: confiança, estabilidade, compaixão e esperança. Tento colocar esses princípios em prática em tudo que faço. Trabalho criando segurança psicológica para as pessoas correrem riscos. Essa abordagem combina os dois modelos, tanto de ‘baixo para cima’ quanto de ‘cima para baixo’. Isso tudo bastante metrificado, com reavaliação constante, estímulo e reconhecimento àqueles que fazem a diferença”.⁽⁴⁾

(2) Disponível em: <<https://www.conarh.org.br/>>.

(3) Disponível em: <http://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs.pdf>.

(4) Disponível em: <<http://www.revistahsm.com.br/lideranca-e-pessoas/os-20-lideres-premiados/>>.

O TELETRABALHO E SUA EVOLUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Fernando Ramos Bernardes Dias

Autor. Mestre em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais — UEMG. Professor do curso de Direito do Centro Universitário do Cerrado Patrocínio MG — UNICERP. Orientador de projeto no Programa Iniciação Científica do Unicerp — PROic. Advogado no Escritório Antônio Bernardes Advogados Associados.

Maria Gabriela Silva Moreira

Coautora. Discente do curso de Direito do Centro Universitário do Cerrado Patrocínio MG — UNICERP. Aluna pesquisadora no projeto no Programa Iniciação Científica do Unicerp — PROic. Estagiária no Escritório Antônio Bernardes Advogados Associados.

O Direito do Trabalho, conforme Alice Monteiro de Barros:

“Nasceu sob o império da máquina, que, ao reduzir o esforço físico e simplificar a atenção mental, facilitou a exploração do trabalho das mulheres e dos menores, considerados “meias forças”, relegando-se o trabalho do homem adulto a um plano secundário. O desgaste prematuro do material humano nos acidentes mecânicos do trabalho, os baixos salários e as excessivas jornadas foram, então, inevitáveis. O Direito Civil já não se encontrava apto à solução desses problemas, os quais exigiam uma legislação mais de acordo com o momento histórico-social. Isso porque a celebração e o cumprimento do contrato de trabalho disciplinados pela liberdade assegurada às partes no direito clássico intensificavam a flagrante desigualdade dos interlocutores sociais.” (BARROS, 2016, p. 60).

O surgimento de novas gerações, cada vez mais interativas e ligadas à informativa, fez atrair uma nova ordem social e, conseqüentemente, novos tipos de relação de trabalho. Tais gerações precisavam ser inseridas no mercado de trabalho, por conseguinte, respeitando-se suas peculiaridades, seja em empresas públicas ou privadas.

Antes da reforma trabalhista, o teletrabalho era tratado com base no art. 6º da CLT. Referido artigo, com redação dada por alteração ocorrida em 2011, engrandeceu os olhares para esse novo mundo. Essa alteração equiparou os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida, por meios pessoais e diretos, embora ainda existam muitas questões obscuras e sem solução a respeito do tema.

Em 2017, entrou em vigor a Lei n. 13.467/2017, que modificou mais de 100 artigos tanto da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) quanto das Leis ns. 8.213/91, 8.036/90 e 13.429/2017. O art. 75-B da CLT considera como 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”.

Por outro lado, o teletrabalhador constou do inciso III, do art. 62 da CLT, de modo que não lhe é aplicado o controle de jornada e via de consequência, o direito de receber por horas extraordinárias.

“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).

Sabe-se que as inovações da informática, dos meios telemáticos e as novas exigências impostas pela vida moderna, provocaram mudanças na forma como o trabalho é estruturado. É claro que, tais alterações advêm também da busca de vantagens como a redução de custos e uma possível melhora na eficiência e qualidade dos serviços.

A *novel* legislação trabalhista representa um avanço para a modernização das relações de trabalho, busca melhor enquadrar o trabalho no cenário contemporâneo e propicia a flexibilização dos tipos de contrato individual de trabalho, que vão além do padrão tradicional do contrato, por tempo indeterminado e horário controlado pessoalmente.

Teletrabalho é uma expressão sem conceito específico, mas usada para disciplinar o trabalho que não é realizado nas dependências de costume do empregador, e sim fora dele, por essa razão, utiliza-se dos recursos tecnológicos para a execução dos serviços.

“Segundo Damasceno, o teletrabalho era uma técnica empresarial de administração empregada nos anos 1970, trata-se de um fenômeno que ganhou força a partir dos anos 1990, com o barateamento e disponibilidade da tecnologia e informação e a telecomunicação.” (DAMASCENO, 2017, p. 219).

“Já no Brasil, em que pese à imprecisão temporal do início do fenômeno, reconhece-se o atraso tecnológico para utilização efetiva da disseminação do uso informático e telemático, com relação à Europa e aos Estados Unidos da América, sendo possível dizer que, somente neste século o teletrabalho ganhou força a ponto de ganhar atenção efetiva do Direito.” (DAMASCENO, 2017, p. 220).

Os principais recursos tecnológicos que podemos citar são os advindos do computador pessoal, do *smartphone* e da internet, bem como outros equipamentos que possam vir a substituí-los. O trabalho pode ser realizado a distância, como por exemplo, na residência do teletrabalhador, em centros especializados para esse fim ou a partir de qualquer ponto onde se encontre o teletrabalhador móvel.

Nesse sentido, Amauri Mascaro Nascimento, destaca:

“Não há conceito legal de trabalho a distância, mas a expressão é usada para designar o trabalho que não é realizado no estabelecimento do empregador, e sim fora dele, portanto, com a utilização dos meios de comunicação que o avanço das técnicas modernas põe à disposição do processo produtivo, em especial no setor de serviços. Não há rigor conceitual porque ainda está por ser feito o estudo desses meios e a forma como na sociedade contemporânea vem sendo utilizado. Um deles é o computador e a Internet, mas não é o único, porque outros equipamentos podem ser utilizados para o mesmo fim. “A distância” é um curso por apostilas enviadas por via postal, a exemplo dos cursos virtuais. Será a distância o trabalho realizado, por exemplo, na residência do prestador, o que não quer dizer que só o será o fornecido desse local. Centros localizados fora da empresa também podem ser unidades de fornecimento de trabalho a distância. Existem tanto empresas de *call center*, em que trabalham principalmente operadores de *telemarketing*, como há centros de atendimento de serviços fora das empresas beneficiadas e que pertencem a outras empresas especializadas nessa atividade.” (NASCIMENTO, 2014, p. 778).

A OIT (Organização Internacional do Trabalho) 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”.

Pode se dizer que o teletrabalho é a forma de trabalho realizada a partir de um lugar distante da empresa, que permite, através de recurso tecnológico, a separação física entre o local de produção ou de execução da prestação de trabalho e o local onde funciona a empresa.

Ou seja, com o teletrabalho, há o distanciamento do local de prestação de serviços pelo empregado, daquele do estabelecimento físico do empregador, mas não ocorre, por consequência, o afastamento do controle e comando do empregador. O trabalho material fica fisicamente mais distante do trabalho imaterial. Na verdade, mesmo com o teletrabalho, a subordina-

ção e controle estão cada vez mais incisivos e eficazes com a informatização e os meios telemáticos, mesmo à distância.

Na prática, o teletrabalho distingue-se do já conhecido trabalho à domicílio não só por implicar em tarefas mais complexas, mas também porque abrange setores ligados a tecnologia, como informática e telecomunicações. Já o trabalho em domicílio sempre destacou-se pela mão de obra na indústria têxtil. Ambos os tipos são considerados trabalho a distância, mas nem todo trabalho a distância pode ser considerado teletrabalho, vez que o teletrabalho implica, invariavelmente, na utilização da tecnologia.

O *home office* é uma modalidade de trabalho a distância, que vem ganhando espaço no mercado, tendo em vista a praticidade de se exercer as atividades empresariais sem haver a obrigatoriedade de comparecimento à empresa. Ademais, é necessário que a comunicação seja realizada por meios telemáticos e que os meios utilizados para execução do teletrabalho sejam eletrônicos.

As principais vantagens do teletrabalho advêm da flexibilidade de horário, capaz de facilitar a conciliação das atividades familiares com as profissionais. Uma forma de diminuir as desigualdades de oportunidades, para aqueles que obtêm dificuldades para o emprego formal, como por exemplo, trabalhadores com idade avançada ou deficiência física. Para o empregador, eventual bloqueio na telecomunicação da empresa, não causarão, necessariamente, interrupção no trabalho do trabalhador.

Sobre as desvantagens para a empresa, advêm de eventual falta de lealdade dos teletrabalhadores no efetivo trabalho e forte dependência da tecnologia, que pode gerar alto custo. Para o teletrabalhador, pode causar isolamento social e falta de envolvimento emocional com o nível hierárquico. Sendo assim, não se pode admitir qualquer empregador ou empregado para o trabalho à distância.

Para que a implementação do teletrabalho seja bem-sucedida, é de suma importância que haja um interesse recíproco, tanto do empregador quanto do trabalhador, e que sejam fixadas todas as condições, preferencialmente, em contrato expresso de trabalho.

Dessa forma, o avanço tecnológico da última década e a inovação legislativa ocorrida tem possibilitado o reconhecimento de vínculo empregatício entre empregador e empregado que realiza suas tarefas a distância. A ideia do teletrabalho é respeitar, livremente, tanto o tempo livre quanto o tempo de trabalho.

TELETRABALHO: PODER FISCALIZATÓRIO DO EMPREGADOR VERSUS INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO DO EMPREGADO

Alessandra Barichello Boskovic

Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, com estágio de doutoramento (período sanduíche) na

Marcelo Ivan Melek

Doutor em Direito. Mestre em Educação. Especialista em Direito do Trabalho e Processual do trabalho. Bacharel em Direito e em Administração de Empresas. Advogado e professor de direito do trabalho, processual do trabalho e prática trabalhista da Universidade Positivo.

A sociedade laboral hodierna tem sido cada vez mais profundamente transformada pela tecnologia: a automação da indústria 4.0, a multiterceirização (*crowdsourcing*) e o teletrabalho são apenas alguns exemplos de cenários inimagináveis há poucas décadas.

Diante dessas novas realidades, incumbe ao Direito do Trabalho o papel de tutelar as condições em que o trabalho humano é prestado. Por diversas vezes, contudo, a regulamentação trabalhista esbarra em limitações impostas por outras esferas do Direito, a exemplo do Direito Constitucional.

Neste artigo, analisa-se a dificuldade da aplicação do direito, quando há colisão entre os princípios constitucionais que asseguram o poder empregatício do empregador e a intimidade do trabalhador no contexto dos teletrabalhadores no Brasil.

Segundo Domenico de Masi, teletrabalho é:

“(…) um trabalho realizado longe dos escritórios empresariais e dos colegas de trabalho, com comunicação independente com a sede central do trabalho e com outras sedes, através de um uso intensivo das tecnologias da comunicação e da informação, mas que não são necessariamente sempre de natureza informática”.⁽¹⁾

A CLT era omissa em relação a este tema até que a Lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista) criou o art. 75-B, segundo o qual:

“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”.

Conforme se observa, o teletrabalho pode ser realizado em qualquer lugar externo ao estabelecimento empresarial, inclusive, embora não necessariamente, no domicílio do trabalhador. Quando o trabalho é prestado no local de residência do trabalhador, o exercício do poder fiscalizatório⁽²⁾ por parte do empregador deve se conformar à inviabilidade de domicílio e ao respeito à intimidade.

(1) MASI, Domenico de. *Ócio criativo*. São Paulo: Sextante, 2000. p. 204.

(2) O poder empregatício engloba quatro dimensões: o poder diretivo (também conhecido como poder organizativo ou de comando), o poder regulamentar, o poder fiscalizatório ou de controle (que especialmente interessa à presente análise) e o poder disciplinar.

O poder empregatício é conferido ao empregador pelo art. 2º da CLT, que aborda a o princípio da alteridade ou da assunção dos riscos da atividade econômica pelo empregador, e pelo art. 3º, que reconhece a subordinação do empregado perante o empregador.

Mas convém destacar que os artigos celetistas ora lembrados compreendem apenas parte dos fundamentos jurídicos que sustentam o poder empregatício: a Constituição Federal também assegura o livre exercício da atividade econômica (art. 170, II e parágrafo único), o princípio da livre-iniciativa (art. 1º, IV) e da propriedade privada (art. 5º, XXII).

De outro lado, também na Constituição Federal encontram-se os fundamentos legais que protegem a inviolabilidade de domicílio e a intimidade do empregado (art. 5º, X e XI).

Considerando que a Constituição Federal é um “sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos supra-positivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central”⁽³⁾, é natural que ocorram conflitos normativos.⁽⁴⁾

Quando se analisa, portanto, o exercício do poder fiscalizatório por parte do empregador em relação aos seus teletrabalhadores, diferentes princípios constitucionais podem colidir⁽⁵⁾.

(3) BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 316.

(4) É bem verdade que o conceito de “conflitos normativos” é objeto bastante controverso no âmbito jurídico. Todavia, não se menosprezando a importância da referida discussão na esfera do Direito Constitucional, as nuances de tal debate não são relevantes para a presente análise. Neste sentido, buscando-se simplificar a abordagem aqui delineada, empregar-se-á o conceito adotado por Virgílio Afonso da Silva, segundo o qual um conflito normativo “nada mais é que a possibilidade de aplicação, a um mesmo caso concreto, de duas ou mais normas cujas consequências jurídicas se mostrem, pelo menos para aquele caso, total ou parcialmente incompatíveis”. O uso da expressão “conflitos normativos” referir-se-á, portanto, neste trabalho, aos conflitos entre regras e às colisões entre princípios. (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 47.)

(5) Robert Alexy argumenta que o principal aspecto de distinção entre regras e princípios reside na estrutura dos direitos que são garantidos por estas normas. Enquanto as regras garantem direitos ou impõem deveres definitivos, os princípios garantem direitos ou impõem deveres que serão realizados dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Deste modo, os princípios contêm um mandamento que não é definitivo, mas apenas *prima facie* — um “mandamento de otimização”. (ALEXY,

Quando dois princípios estabelecem consequências jurídicas distintas e incompatíveis entre si para uma mesma situação concreta, a solução deverá se dar pela fixação de relações condicionadas de precedência⁽⁶⁾.

Neste sentido, havendo uma colisão entre princípios, com base nos elementos do caso concreto um deles deverá ceder ao outro, o que significa dizer que este terá precedência em relação àquele. Sob circunstâncias diversas, todavia, a questão da precedência entre estes mesmos princípios poderá vir a ser resolvida de forma diferente.

A análise da precedência será realizada pelo sopesamento dos princípios colidentes, a fim de se definir, no caso concreto, “qual dos interesses — que abstratamente estão no mesmo nível — tem maior peso no caso concreto”⁽⁷⁾.

A fim de nortear a análise destas relações condicionadas de precedência entre princípios, Robert Alexy formulou a chamada *lei da colisão*. Considerando que nenhum dos princípios constitucionais goza, *a priori*, de prioridade em relação aos demais, uma colisão entre princípios não pode ser solucionada partindo-se de uma precedência absoluta de um deles.

Assim, o conflito deverá ser solucionado a partir de um sopesamento entre os princípios antagônicos,

Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 103-106).

(6) SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 50.

(7) ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 95-96.

cujo objetivo é estabelecer em concreto qual deles terá maior peso. Logo, caberá ao Magistrado, considerando as variáveis específicas de cada caso concreto, estabelecer qual dos princípios colidentes deverá prevalecer, delimitando os limites ao poder fiscalizatório do empregador dentro das dependências do domicílio do teletrabalhador.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Decreto-lei n. 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: 30 abr. 2019.

MASI, Domenico de. *Ócio criativo*. São Paulo: Sextante, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

O PAPEL DOS SINDICATOS NA PROTEÇÃO DO TRABALHADOR EM FACE DA DIGITALIZAÇÃO

Maíra Brecht Lanner

Mestre em Direito (UFRGS — 2019), com especialização em Direito Ambiental Nacional e Internacional (UFRGS — 2012), bacharelado em Direito (Uniritter — 2015) e em Ciências Biológicas (UFRGS — 2011).

A digitalização é uma exigência da evolução tecnológica. Para utilizar as tecnologias da informação e comunicação, como computadores e *smartphones*, é necessário que a informação seja codificada para o meio eletrônico. Na era da digitalização, muitas atividades do cotidiano dependem do uso da tecnologia, o que também afeta o mundo do trabalho.

A tecnologia se tornou uma importante ferramenta de trabalho, auxiliando o trabalhador no desempenho de suas atividades. No entanto, não se pode negar seu impacto no mercado laboral, visto que alguns pos-

tos de trabalho foram reduzidos em razão do avanço tecnológico. Cita-se o exemplo da função de caixa dos estabelecimentos bancários, afetada pelo surgimento dos caixas eletrônicos na década de 1960.

Atualmente, não é mais necessário ir até uma agência para realizar pagamentos ou até mesmo para contratar um empréstimo, pois o cliente pode se auto atender utilizando seu próprio celular. Muitas das atividades realizadas por bancários foram “transferidas” para aplicativos digitais. O constituinte de 1988 parece ter percebido esse “efeito deletério promovido pela

tecnologia sobre o mercado de trabalho” (MORAES, 2017, p. 232), uma vez que, conforme disposto no art. 7º, XXVII da Constituição Federal, é direito dos trabalhadores a proteção contra a automação.

Os avanços tecnológicos podem trazer efeitos adversos para o mercado laboral, como a redução de determinados postos de trabalho em razão da automação, substituição do humano pelo robô, ou até mesmo a fiscalização do trabalhador realizada por máquinas. A substituição de trabalhadores por robôs com inteligência artificial já é realidade. Na Estônia está em desenvolvimento um “robô juiz”, que irá analisar disputas legais envolvendo menos de € 7 mil. O projeto piloto prevê o aprimoramento dos algoritmos do robô com base no retorno de juízes e advogados quanto à decisão pronunciada pelo robô. O “robô juiz” é uma tentativa tecnológica do governo da Estônia para diminuir a quantidade de processos distribuídos para os juízes e funcionários do judiciário.⁽¹⁾

O Comitê Econômico e Social Europeu (2016, p. 167) publicou um parecer sobre os efeitos da digitalização no setor dos serviços e no emprego no âmbito das mutações industriais, no qual prevê que os Estados-Membros da União Europeia correm o risco de perder entre 40% e 60% dos empregos ao longo dos próximos vinte anos em razão da automação trazida pela digitalização. Ainda, o parecer questiona se o aumento na produtividade, causado pela adoção de tecnologias avançadas, irão se traduzir em aumento do emprego, compensando a eliminação de postos de trabalho devido à automação dos serviços e exigência elevada de qualificação do trabalhador.

O incentivo à qualificação profissional e a valorização do emprego na economia parecem ser fatores essenciais para que a automação não afete negativamente os trabalhadores. Nesse sentido, pode-se falar da necessidade de proteção de uma nova vulnerabilidade do trabalhador, a vulnerabilidade tecnológica. O papel dos sindicatos neste ponto pode ser essencial, pois talvez os sindicatos sejam a figura que hoje conhecemos (amanhã poderá existir outra, hoje ainda não pensada) mais apta a organizar os trabalhadores e, por meio da representação coletiva, reivindicar condições de trabalho decente. Há de se priorizar estratégias para a educação de qualidade, o que para Cunha Júnior é um desafio imposto aos sindicatos. Conforme o autor, os dirigentes sindicais deverão conscientizar os governantes e a sociedade que é por meio da qualificação que as futuras gerações de trabalhadores conseguirão atender às exigências de mão de obra tecnologicamente aptas (CUNHA JÚNIOR, 2018, p. 24).

Os sindicatos devem exercer sua função social, organizando os trabalhadores, enfatizando cursos e qualificações, gerenciando novas vagas do mercado de trabalho e indicando novas necessidades no mercado, visto que têm papel fundamental na organização dos trabalhadores. Todavia, a própria organização dos sindicatos está em xeque. Para Fraga (2019), a reforma trabalhista (Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017) incentivou a negociação coletiva, reforçando o papel relevante dos sindicatos, porém a Medida Provisória n. 873, de 1º de março de 2019, ameaça a sustentação econômica dos

sindicatos ao trazer alterações à CLT quanto à contribuição sindical.

O pagamento da contribuição sindical ocorria por desconto em folha de pagamento. Com a nova redação do art. 582 da CLT, o recolhimento da contribuição sindical dos trabalhadores, desde que autorizado prévia e expressamente, será feito exclusivamente por meio de boleto bancário ou equivalente eletrônico, o qual deve ser encaminhado obrigatoriamente à residência do trabalhador ou, na hipótese de impossibilidade de recebimento, à sede da empresa.

Os efeitos da MP n. 873/2019 já podem ser sentidos. É notícia recente o fechamento por tempo indeterminado do Sindicato dos Empregados no Comércio de Porto Alegre (Sindec-POA) em razão da dificuldade financeira para manter as atividades patrocinadas pela entidade. O Sindec-POA representa 100 mil comerciantes, que terão serviços assistenciais afetados — como creche e departamento médico e odontológico.⁽²⁾

Há que se chamar atenção para as dificuldades atualmente enfrentadas pelos sindicatos no Brasil frente à publicação da MP n. 873/2019. Os sindicatos correm risco de fechamento por razões financeiras. O debate sobre a continuidade dos sindicatos diante das novas diretrizes legais que afetam diretamente a sustentação econômica das entidades de representação coletiva é questão de relevância, ainda mais na perspectiva da era da digitalização com vista ao trabalho decente.

Referências

- BRASIL. Medida Provisória n. 873, de 1º de março de 2019. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv873.htm>. Acesso em: 02 mar. 2019.
- COMITÊ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU. Efeitos da digitalização no setor dos serviços e no emprego no âmbito das mutações industriais (parecer exploratório). *Jornal Oficial da União Europeia*, C 13, 15 jan. 2016. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:52015AE0765>>. Acesso em: 20 dez. 2018.
- CUNHA JÚNIOR, José Roberto de Araujo. Considerações sobre o futuro do trabalho, desemprego e trabalho decente. In: ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Futuro do Trabalho no Brasil: Perspectivas e Diálogos Tripartites*. 2018. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/---documents/publication/wcms_626908.pdf>. Acesso em: 07 out. 2018.
- ÉPOCA. Estônia quer substituir os juízes por robôs. *Época Negócios*, 04 abr. 2019. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2019/04/estonia-quer-substituir-os-juizes-por-robos.html>>. Acesso em: 04 abr. 2019.
- FRAGA, Ricardo Carvalho. Sustentação econômica dos sindicatos. *Jornal GGN*, 06 mar. 2019. Disponível em: <<https://jornalgggn.com.br/artigos/sustentacao-economica-dos-sindicatos-por-ricardo-carvalho-fraga/>>. Acesso em: 06 abr. 2019.

(1) A reportagem completa está referenciada ao final deste artigo.

(2) A reportagem completa está referenciada ao final deste artigo.

MORAES, Paulo Douglas Almeida de. UBER no transporte rodoviário de cargas: a morte de dois milhões de empregos ou a chance de acabar com a fraude legislada no setor. In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (Coord.). *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano*. São Paulo: LTr, 2017.

OLIVEIRA, Gabriella. Maior sindicato da iniciativa privada do RS fecha as portas em virtude da MP 873. *SINDEC: a força do comerciário*, 15 mar. 2019. Disponível em: <<https://sindec.org.br/maior-sindicato-da-iniciativa-privada-do-rs-fecha-as-portas-em-protesto-a-mp.htm>>. Acesso em: 6 abr. 2019.

A FISCALIZAÇÃO DO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO, NO TELETRABALHO, DIANTE DA INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO

Abel Ferreira Lopes Filho

Mestrando em Direito e autor do livro: *Manual de Direito Administrativo do Trabalho. Inspeção do Trabalho e o Contencioso Administrativo Trabalhista*. São Paulo: Editora LTr, 2018.

A fiscalização do meio ambiente de trabalho, no teletrabalho, é um tema que apresenta grandes desafios do ponto de vista da ação pública. Sua complexidade decorre de suas características peculiares.

Os teletrabalhadores podem vir a sofrer sistematicamente o desrespeito às condições de saúde e segurança do trabalho, caso o Estado não efetive a devida fiscalização neste ambiente, o que acarretaria uma violação de seus direitos fundamentais.

Nesse contexto, a inspeção do trabalho é concebida como o principal meio pelo qual o Poder Público pode atingir seus objetivos e promover um meio ambiente de trabalho digno (LOPES FILHO, 2018).

Desde o seu nascedouro, a Organização Internacional do Trabalho — OIT incluiu a inspeção do trabalho entre suas prioridades, a ideia de que todos os países deveriam ter um sistema de inspeção laboral para assegurar a aplicação das normas de proteção ao trabalho persiste desde a origem da organização (RICHTHOFEN, 2006).

No início foi a pressão dos próprios empresários que levou o Estado a realizar as primeiras intervenções nas relações de trabalho; alertavam para os males do trabalho precoce de crianças, o que poderia tornar o mercado de mão de obra composto por homens fracos e doentes. Sob esse argumento, pediam a intervenção do Estado para a fixação de uma idade mínima para inserção no mercado de trabalho (MANNRICH, 1991).

Por ocasião da primeira conferência internacional em 1919, se adotou uma recomendação com vistas à instauração, em todos os países membros, de uma inspeção do trabalho nas fábricas.

Atualmente a Convenção n. 81, de 1947, segue sendo o instrumento de referência universal nessa matéria (BEAUDONNET, 2010).

O teletrabalho é uma das atividades para as quais a noção de trabalho decente tem especial importância, considerando que por essa condição, os teletrabalhadores, não podem ser discriminados em relação aos que laboram no ambiente convencional, e mais facilmente auditável pela Auditoria-Fiscal do Trabalho.

Pode-se utilizar, por analogia, a normativa em vigor já utilizada para a fiscalização do trabalho doméstico, onde o Estado já se deparou com a questão da inviolabilidade de domicílio.

A Convenção da OIT sobre o Trabalho Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos, n. 189, de 2011, ratificada pelo Brasil, estabelece em seu art. 17 que:

“Art. 17.

Todo Membro deverá estabelecer mecanismos de queixa e meios eficazes e acessíveis para assegurar o cumprimento da legislação nacional relativa à proteção dos trabalhadores domésticos.

Todo Membro deverá formular e colocar em prática medidas relativas à inspeção do trabalho, à aplicação de normas e sanções, com a devida atenção às características específicas do trabalho doméstico, em conformidade com a legislação nacional. À medida que seja compatível com a legislação nacional, tais medidas deverão especificar as condições sob as quais se poderá autorizar o acesso ao domicílio, com o devido respeito à privacidade.”

No entendimento da Organização, o princípio a inviolabilidade do domicílio deve ser cotejado com o trabalho decente, tal compreensão também pode ser utilizada na fiscalização das condições de saúde e segurança do trabalho no teletrabalho.

Diante disso foi publicada no Diário Oficial da União, em 7 de agosto de 2014, pelo Secretário de Ins-

peção do Trabalho, a Instrução Normativa n. 110, de 6 de agosto de 2014 que dispõe sobre os procedimentos de fiscalização do cumprimento das normas relativas à proteção ao trabalho doméstico.

Tal norma, com algumas adaptações, pode servir para o cumprimento dessa missão.

A fiscalização, realizada pelo Auditor-Fiscal do Trabalho — AFT, pode ser iniciada preliminarmente mediante o procedimento de fiscalização indireta, considerada aquela realizada por meio de sistema de notificações para apresentação de documentos (art. 30 do Decreto n. 4.552/2002, o Regulamento da Inspeção do Trabalho — RIT). Com isso, vários itens referentes à saúde e segurança do trabalho já podem ser auditados.

A ação fiscal indireta se inicia mediante a emissão de notificação por via postal, com aviso de recebimento — AR, listando a documentação requerida e indicando o dia, hora e local a ser apresentada ao AFT.

Após isso, havendo necessidade de fiscalização no local de trabalho, o AFT, após apresentar sua Carteira de Identidade Fiscal (CIF), e em observância ao mandamento constitucional da inviolabilidade do domicílio, somente poderia ingressar na residência com o consentimento expresso e escrito do morador, onde ocorre o teletrabalho.

Para fins do dito consentimento pode-se considerar qualquer pessoa capaz, pertencente à família, que esteja responsável pela residência no momento da inspeção.

Ultrapassadas essas etapas, apenas com ordem judicial seria possível a verificação do ambiente de trabalho no teletrabalho.

Referências

BEAUDONNET, Xavier. *Derecho internacional del trabajo y derecho interno: manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho*. 2. ed. Turín: OIT. CIF, 2010. p. 248.

Convenção da Organização Internacional do Trabalho sobre a Inspeção do Trabalho, n. 81, de 1947. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235131/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 28 mar. 2019.

Convenção da Organização Internacional do Trabalho sobre o Trabalho Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos, n. 189, de 2011. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-domestico/WCMS_169517/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 28 mar. 2019.

LOPES FILHO, Abel Ferreira. *Manual de Direito Administrativo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2018.

MANNRICH, Nelson. *Inspeção do trabalho*. São Paulo: LTr, 1991.

Regulamento da Inspeção do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4552.htm>. Acesso em: 28 mar. 2019.

RICHTHOFEN, Wolfgang Von. *Inspeção do trabalho: Um guia da profissão*. Tradução de Luís Pinto. Revisão técnica Antônio Fonseca, João Fraga de Oliveira. Lisboa: Coimbra Editora, 2006. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms_344230.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2017.

ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DAS NOVAS TECNOLOGIAS NA ATUAÇÃO SINDICAL

Marina Souza Lima Rocha

Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito (“Novos Direitos, Novos Sujeitos”) da Universidade Federal de Ouro Preto. Integrante do Grupo de Estudos de Direito do Trabalho da Universidade Federal de Ouro Preto.

A classe trabalhadora representa, historicamente, um povo (super) explorado, que foi alijado dos meios de produção pelos detentores de capital, restando-a vender sua força de trabalho para sobreviver. Sendo assim, aqueles que são donos do capital e dos meios de produção (máquinas, tecnologia, ferramentas, conhecimento técnico e etc.) configuram a parte hipersuficiente da relação de trabalho, que tem o poder de ditar as regras do contrato de trabalho que serão aceitas pelos

trabalhadores em condições de fragilidade, que dependem única e exclusivamente, na maioria dos casos, de sua força de trabalho para a sobrevivência sua e de sua família, vez que o salário configura verba alimentar.

Ao observar essa relação desigual entre empregador e trabalhador, percebe-se que há a impossibilidade de uma negociação justa entre as partes quando há algo a ser reivindicado. Ora, como um simples trabalhador, com um salário que proporciona apenas sua subsistên-

cia e de sua família, laborando em um país que não lhe fornece o mínimo de segurança e estabilidade nas relações de trabalho poderá enfrentar seu patrão para angariar melhores condições de trabalho e de vida? É nesse ponto, então, que entra a grande importância da formação e atuação dos sindicatos na vida dos trabalhadores.

Somente um ente coletivo é capaz de negociar com o capital, com os grandes empregadores (que carregam em si uma personalidade coletiva). São, então, nos sindicatos que os trabalhadores se agregam, se reúnem, discutem e articulam seus movimentos de resistência, seus anseios por melhores condições de trabalho, por mais dignidade e visibilidade. Para melhor entender esse instituto tão antigo e importante que é o sindicato, Mauricio Godinho Delgado explica:

“Assim, a Lei brasileira define sindicato como associação para fins de estudo, defesa e coordenação de interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos, ou profissionais liberais, exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividade ou profissões similares ou conexas (art. 511, *caput*, CLT).” (DELGADO, 2016, p. 1470)

O fato é que o próprio Direito do Trabalho é fruto das lutas sociais dos trabalhadores, muitas delas apoiadas ou lideradas por sindicatos.

Para entender como novas tecnologias podem influenciar diretamente, de maneira negativa ou positiva, o funcionamento dos sindicatos, é necessária uma análise histórica dos modelos de produção.

Quando do auge do modelo de produção taylorista-fordista, os trabalhadores se mantinham em constante contato, enclausurados dentro de um mesmo espaço físico, durante horas, todos os dias. Tal modelo de fábrica possibilitava um maior controle desses sujeitos e uma aceleração da produção, mas, ao mesmo tempo, facilitava a articulação de movimentos de resistência próprios da classe. Nesse modelo de fábrica única e coesa, o sindicato abarcava todos os trabalhadores de uma mesma fábrica, apoiando-os e fortalecendo-os.

Para conter tais movimentos articulados pela classe trabalhadora e a organização da mesma em sindicatos, o modelo de produção foi fracionado, horizontalizado, terceirizado e precarizado, deixando de ser um modelo taylorista-fordista e passando a ser toyotista — informatizado e automatizado (ALVES, 2018). Assim, ao invés de uma fábrica que abarcasse todo processo de produção de determinado produto, há várias fábricas separadas fisicamente, cada uma com tecnologia especializada em produzir uma parte do produto final. Tal modelo de produção dificulta a articulação de movimentos de resistência e enfraquece o movimento sindical, vez que, agora, os trabalhadores se encontram em sindicatos distintos.

Dessa forma, a tecnologia que possibilitou a fragmentação da fábrica grande em várias fábricas especializadas em uma determinada etapa da produção, substituindo, cada vez mais, a mão de obra humana por máquinas, enfraqueceu o sindicato e, conseqüentemente, a organização da classe trabalhadora. Sobre o tema, explica Márcio Túlio Viana (2017, p. 32) que, em razão dessas novas tecnologias toyotistas, que permitem produzir sem reunir, em oposição ao modelo taylorista-for-

dista, a fábrica contemporânea se fragmenta, dividindo a classe operária e minando as normas de proteção.

Resta comprovado que a implementação cada vez maior de tecnologias nas fábricas, seja fragmentando a produção, seja substituindo mão de obra humana por máquinas, impacta de forma negativa a atuação dos sindicatos, que se mostram cada vez mais enfraquecidos e obsoletos. Dessa forma, o desafio é extrair das tecnologias algo que contribua para o fortalecimento do movimento sindical e, conseqüentemente, da organização dos trabalhadores.

Portanto, na medida em que novas formas de produção e de tecnologias no capitalismo contemporâneo dificultam a articulação de resistências coletivas, mostra-se necessário que os sindicatos se modifiquem, visando à ampliação da força unificadora de classe, em toda a sua pluralidade. De acordo com Lilian Arruda: “[...] torna-se imperiosa a “reinvenção do movimento sindical” como fator de democratização do trabalho e como reforço da “voz coletiva” (ARRUDA, 2004, p. 431), e é aí que entra o uso da tecnologia como um aliado do movimento sindical.

Imagine uma marca de carros, cuja montagem final dos veículos se dá na sede da empresa, na Alemanha, mas a produção de pneus é na China, de motores na Itália, de bancos no México e assim por diante. A fábrica e a produção são fragmentadas graças à tecnologia de montagem. Se o sindicato se fragmenta como a fábrica, ao invés de um sindicato forte que represente todos esses trabalhadores de um mesmo empregador final, teremos vários sindicatos pequenos e frágeis, compostos por poucos trabalhadores.

Os sindicatos devem utilizar os avanços tecnológicos como aliados que possibilitem a interligação desses vários sindicatos espalhados pelo mundo que, na verdade, representam trabalhadores que trabalham para uma mesma grande empresa, formando assim, Redes Sindicais.

Os sindicatos, portanto, sentiram necessidade de criar vínculos internacionais, através da filiação a centrais e federações internacionais (ARRUDA, 2004, p. 1). Formaram-se redes solidárias de resistência entre os trabalhadores de uma mesma multinacional, ou que faziam parte de um mesmo setor de produção, que se encontravam dispersos pelo globo.

Essas redes sindicais possibilitam a aproximação de dirigentes de sindicatos de uma mesma empresa ou setor de produção, que possua filiais em países e regiões distintas. Tal fato possibilita um fluxo de informações e experiências, que conscientizam os trabalhadores a reivindicarem uma horizontalização dos direitos trabalhistas em diferentes países. As redes incorporam também reivindicações que envolvem questões raciais, de gênero, de combate ao trabalho infantil e escravo. Apoiadas no conceito de trabalho decente da Organização Internacional do Trabalho (OIT), são uma maneira de o movimento sindical agir contra as formas globalizadas de trabalho precário (ARRUDA, 2004, p. 432-433).

Dessa forma, as Redes Sindicais somente conseguem se formar, articular e efetivar com o uso de tecnologias que possibilitem a integração e comunicação de diversos sindicatos que se encontram localizados em diferentes lugares, mas que têm uma atuação conjunta e horizontal.

Espera-se que com a formação e atuação das Redes Sindicais seja possível perceber a fundamental importância dos sindicatos para a manutenção e conquista de novos direitos trabalhistas e humanos no capitalismo contemporâneo, subvertendo a lógica hoje estabelecida que trata tais direitos como custos financeiros e não como conquistas sociais (ALVES, 2017). Tal pensamento precisa se modificar, pois trabalhadores sem direitos, com baixa qualidade de trabalho e de vida, provavelmente não serão bons consumidores para o sistema capitalista, não fomentando a economia dos países e gerando, assim, sucessivas crises econômicas.

Referências

ALVES, Amauri Cesar. Categoria profissional essencial: nova interpretação do art. 511 da CLT e a reforma

trabalhista. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 84, p. 281-312, 2018.

ALVES, Amauri Cesar; ALVES, Roberto das Graças. Reforma trabalhista e o novo direito do capital. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, v. XXIX, p. 47-74, 2017. Disponível em: <http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RST%20338_miolo.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2019.

ARRUDA, Lilian. Redes sindicais: as novas formas de organização da classe trabalhadora. *Revista de Ciências Humanas*, n. 36, outubro. Florianópolis: EDUFSC, 2004.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

VIANA, Márcio Túlio. *Livrem-nos da livre negociação: aspectos subjetivos da reforma trabalhista*. Belo Horizonte: RTM, 2017.

TELETRABALHO, FISCALIZAÇÃO DO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO E INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO: NO CONFRONTO ENTRE O DIREITO À PROPRIEDADE, À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA VERSUS A PRÓPRIA VIDA E A EXISTÊNCIA DIGNA DA PESSOA HUMANA, QUAL DIREITO PREVALECE?

Igor de Oliveira Zwicker

Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará (PA), aprovado em 1º lugar geral; Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (PA), aprovado em 1º lugar geral; Especialista em Economia do Trabalho e Sindicalismo pela Universidade Estadual de Campinas (SP); Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes (RJ); Bacharel em Direito e Especialista em Gestão de Serviços Públicos pela Universidade da Amazônia (PA); Analista Judiciário (Área Judiciária) e Assessor Jurídico-Administrativo do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região (PA/AP); Professor de Direito; Autor do livro "Súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos do TST" (São Paulo: LTr, 2015); tem, até 29.3.2019, oitenta e quatro (84) artigos jurídicos publicados, além de dezenas sobre Língua Portuguesa.

Embora a Lei n. 12.551/2011, ao modificar a redação do art. 6º da CLT, tenha previsto que 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, o que permite afirmar que, desde aí, já existia normatividade expressa acerca do regime de teletrabalho, é certo que a "Reforma Trabalhista" (Lei n. 13.467/2017) o explicitou de maneira muito mais amplificada.

O art. 75-B da CLT considera teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das depen-

dências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo, ainda que ocorra comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento.

Segundo o art. 75-E da CLT, 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, e esses últimos assinarão termo de responsabilidade se comprometendo a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.

Porém, questiona-se: como conciliar, no teletrabalho, a fiscalização do meio ambiente de trabalho com a inviolabilidade de domicílio?

Uma ótima forma de responder à pergunta é relembrar o que ocorria e o que ocorre, em termos de legislação, doutrina e jurisprudência, com o trabalho doméstico. Isso porque o empregado doméstico presta serviços de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas (antes, segundo o art. 1º da Lei n. 5.859/1972, que antes dispunha sobre o contrato de trabalho doméstico, hoje, em razão do art. 1º, *caput*, da Lei Complementar n. 150/2015, norma atualmente em vigor).

À época de vigência da Lei n. 5.859/1972, registre-se a edição da Instrução Normativa SIT n. 110/2014 (DOU 7.8.2014), na qual o Secretário de Inspeção do Trabalho dispôs sobre os procedimentos de fiscalização do cumprimento das normas relativas à proteção ao trabalho doméstico.

No art. 4º, previu-se que, em caso de necessidade de fiscalização do local de trabalho, o auditor-fiscal do trabalho, após apresentar sua carteira de identidade fiscal e “em observância ao mandamento constitucional da inviolabilidade do domicílio”, *dependerá de consentimento expresso e escrito* do empregador para ingressar na residência onde ocorra a prestação de serviços por empregado doméstico.

Segundo Delgado (2019, p. 475), a fiscalização do trabalho “deveria ser do tipo indireto (fiscalização indireta), em virtude da garantia expressa no art. 5º, XI, da Constituição”.

Porém, fato é que a Lei Complementar n. 150/2015 subverteu essa lógica, ao admitir a fiscalização direta na residência do empregador doméstico com a inclusão do art. 11-A na Lei n. 10.593/2002, que trata da fiscalização do trabalho, embora sujeite a atuação do auditor-fiscal do trabalho a “agendamento e entendimento prévios entre a fiscalização e o empregador”.

Ainda assim, é um avanço, pois não torna o art. 5º, XI, da Constituição um dogma absoluto — e é aqui o ponto de resposta ao questionamento.

Não existe antinomia entre normas de natureza supraconstitucional, de modo que, eventual choque entre elas é considerado colisão de normas constitucionais, que devem ser harmonizadas em juízo de ponderação, preservando-se e concretizando-se o máximo dos direitos e bens constitucionais protegidos (FARIAS, 1996, p. 98).

Se, de um lado, a Constituição estabelece, no art. 5º, XI, que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial, por outro estabelece, no art. 7º, XXII, que é direitos dos trabalhadores, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Inclusive, em que pese o segundo não estar previsto no art. 5º, os direitos sociais, por fazerem parte do Capítulo II do Título I, são considerados, tal qual os direitos e deveres individuais e coletivos, *direitos e garantias fundamentais*, de aplicação imediata, na forma

do art. 5º, § 1º, que faz referência ao texto expresso no Título I, e não no Capítulo I, “de tal sorte que todas as categorias de direitos fundamentais estão sujeitas, em princípio, ao mesmo regime jurídico” (SARLET, 2013, p. 514-515).

Desse modo, o art. 7º, XXII, da Constituição, ao prever, como direito mínimo, pético e de aplicação imediata (arts. 5º, § 1º, e 60, § 4º, IV, da Constituição), a *redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança*, consagra o princípio do risco mínimo regressivo e, corolário a este, o princípio da retenção do risco na fonte.

Pelo primeiro, temos que “a exposição [a] agentes nocivos deverá ser a mínima possível e, mesmo assim, com o passar do tempo deverá reduzir progressivamente em direção ao risco zero”; o segundo “indica que o risco deve ser controlado desde a sua origem, evitando que o agente nocivo possa propagar a ponto de atingir a integridade do trabalhador” (OLIVEIRA, 2017, p. 95).

Assim, o art. 5º, XI, deve ser harmonizado com o art. 7º, XXII, ambos da Constituição da República. Partir da premissa de que a casa é asilo inviolável e, portanto, infensa à fiscalização do trabalho, não me parece compatível com o atual Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana, que demanda proteção à pessoa humana do trabalhador.

Nesse sentido, a meu sentir, o art. 7º, XXII, da Constituição autoriza, plenamente, a fiscalização do trabalho na residência do empregado sujeito ao regime de teletrabalho, inclusive porque o verdadeiro (lícito) regime de teletrabalho sequer sujeita o empregado à jornada de trabalho, na forma do art. 62, III, da CLT, o que acarretará, *mutatis mutandis*, em caso de desvirtuamento, impedimento ou fraude na aplicação dos preceitos contidos na Consolidação (art. 9º da CLT), em admoestação irreversível à saúde do empregado, o que não pode ser ignorado pela fiscalização do trabalho.

Há aqui um clássico confronto entre o direito à propriedade, à intimidade e à vida privada, corolário do art. 5º, XI, em confronto com a própria vida e existência digna da pessoa humana, segundo art. 7º, XXII, de modo que, em juízo de ponderação, prevalece esse último, o que mais se harmonia com fundamentos de dignidade da pessoa humana e valorização do trabalho humano e da livre-iniciativa. A ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (arts. 1º, III e IV, e 170, *caput*, da Constituição).

Se assim não for, ainda assim, sucessivamente, defende-se a aplicação analógica, aos empregados sujeitos ao regime de teletrabalho, do art. 11-A na Lei n. 10.593/2002, que trata da fiscalização do trabalho doméstico, por ser a analogia a “operação lógico-comparativa pela qual o operador jurídico, em situações de lacuna nas fontes normativas principais do sistema, busca preceito adequado existente em outros segmentos do universo jurídico”, sendo um recurso à “integração jurídica, pela qual se pesquisam outras fontes normativas para aplicação ao caso concreto figurado” (DELGADO, 2019, p. 209). O *telos* é o mesmo: o confronto entre a fiscalização do trabalho e o fato de a casa, pela Constituição, ser asilo inviolável.

O recurso à analogia decorre não apenas dos arts. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro e 8º, *caput*, da CLT como, principalmente, em razão do art. 8º do CPC, que impõe ao magistrado que atenda aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade e a razoabilidade.

Referências

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e ju-

risprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. Brasília: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Fundamentos da tutela labor-ambiental. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães; URIAS, João; MARANHÃO, Ney (Coords.). *Direito ambiental do trabalho*: apontamentos para uma teoria geral. São Paulo: LTr, 2017. v. 3.

SARLET, Ingo Wolfgang. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. Saraiva/Almedina: São Paulo/Portugal, 2013.

GRAU ESPECIAL DE CONFIANÇA E LEALDADE NAS RELAÇÕES DE TRABALHO A DISTÂNCIA

Davi Farias Correia Lima

Analista Judiciário, Especialista em Direito Tributário e especializando em Direito e Processo do Trabalho.

A evolução da tecnologia nos anos recentes e as expectativas que se projetam para o futuro trazem novas realidades aos diversos aspectos da vida cotidiana. Um dos mais significativos, senão o de maior expressão, refere-se aos meios de comunicação a distância, o que atuou como fator decisivo para o processo de globalização em curso.

A possibilidade de se realizar em tempo real a troca de dados e a comunicação entre as pessoas, independentemente da localização geográfica na qual se encontrem no planeta, “encolheu” a Terra. No campo das relações de trabalho, esse processo fez surgir novas situações e oportunidades a serem exploradas ou, quando o menos, atraiu a necessidade de observá-las sob diferentes perspectivas.

É nesse amplo campo, ainda em expansão e carente de exploração, que o instituto do teletrabalho toma seu lugar, atraindo a necessidade de se firmar novos conceitos ou de rever aqueles já existentes, sob enfoque compatível com as particularidades que despontam.

Como cediço, as relações de emprego encontram sua moldura legal nas disposições em conjunto dos arts. 2º e 3º da CLT, os quais reproduzem, entre outros, o conceito elementar de subordinação, que, a nosso sentir, sofre maior impacto com o trabalho prestado a distância.

Registre-se de pronto e como premissa, que as ideias postas a seguir não procuram afastar a subordinação das relações de teletrabalho — o que levaria à outra figura de trabalho, alheia ao emprego na forma da CLT. De fato, visa-se contribuir para construção de

entendimento que traga harmonia entre os conceitos tradicionais e a nova forma de prestação de trabalho a distância, ainda que para isso seja necessária a desconstrução de concepções já arraigadas e a suplantação de barreiras ideológicas.

Uma constatação empírica óbvia é estopim da necessidade da diferente abordagem que se propõe: o empregado, a princípio, não está sob a vigilância explícita do empregador.

É bem verdade que a evolução dos já mencionados meios de comunicação permite que o empregador lance olhos, através de um monitor de vídeo, sobre o empregado a distância, fiscalizando-o nos diversos aspectos do trabalho, inclusive ergonômicos. Não é diferente a conclusão de que o controle de jornada pode ser exercido sem qualquer dificuldade, mediante registros de acessos a sistemas e afins.

Sucedo que o trabalho em tais circunstâncias, nada obstante seja prestado a distância, em sua essência pouco ou nada difere daquele realizado *in loco*, na sede do empregador. O empregado continua amarrado ao “ponto” e à vigilância ostensiva do empregador, como se estivesse na sala ao lado no mesmo prédio da empresa.

A nosso sentir, essa concepção de teletrabalho limita substancialmente suas possibilidades e não deve ser fomentada.

Voltemos, então, à constatação já lançada de que o empregado, ao trabalhar a distância, não está [*não deveria estar*] sob a vigilância explícita do empregador.

Essa circunstância atribui uma liberdade ao teletrabalhador não concebida aos seus pares que prestam serviços na sede da empresa, bem como revela elevado nível de confiança do empregador no empregado.

Tem-se, enfim, uma relação baseada efetivamente no princípio da boa-fé objetiva de seus sujeitos, atraindo os deveres anexos que o caracterizam, como, por exemplo, a lealdade, a cooperação, a razoabilidade, além da já mencionada confiança.

Revela-se a real possibilidade de que as relações de emprego evoluam para características que acompanhem o atual nível de informação e conhecimento, superando a ideia de constante tensão entre capital e proletariado.

A seguir essa hipótese, a relação passa a ser vinculada basicamente pelo serviço contratado, objeto de livre avença entre os sujeitos (art. 444 da CLT).

Ao dispor de liberdade para gerir seu tempo, o teletrabalhador poderá conjugar as obrigações decorrentes do trabalho com as demais que lhe demandam a vida cotidiana, ou mesmo com necessidades de sua vida pessoal. Por outro lado, atrai parte da responsabilidade que seria do empregador na relação “tradicional” emprego, tais como os cuidados de observar as regras de ergonomia e para proteção de *sua própria* saúde.

O empregador, por sua vez, simplifica sua dinâmica administrativa. Em outros aspectos do contrato, a exemplo das já referidas regras de ergonomia e de proteção de saúde, o empregador estaria limitado à orientação e à instituição de políticas.

A relação deixa de ter fundamento central no aspecto quantitativo, relacionado ao tempo, e se aproxima da concepção qualitativa, baseada no resultado do trabalho. Soltam-se amarras vinculadas à fiscalização ostensiva pelo empregador e atam-se outras relativas ao produto do serviço. Redistribuem-se responsabilidades ao mesmo tempo que se asseguram novas liberdades.

Tal conjuntura mantém os traços que caracterizam a subordinação jurídica que vincula os sujeitos da relação. O trabalho continua sendo prestado sob a dependência e a política traçada pelo empregador. Mitiga-se, todavia, a intervenção do empregador nos mais diversos e mínimos aspectos da forma de prestação do serviço.

Não se afasta — pelo menos não por hora — o aspecto do contrato de emprego relacionado à limitação da duração do trabalho. Todavia, certa flexibilização de horários no interesse do empregado, inclusive em parâmetros não praticados usualmente, deve ser aceita quando baseada nas concepções expostas.

Por certo, percebe-se que o modelo de teletrabalho não ostenta serventia para as funções de “chão de fábrica” ou naquelas em que a presença física do empregado é necessária.

A concepção do trabalho a distância se revela mais adequada ao trabalho intelectual, o que pressupõe um grau mínimo de discernimento do empregado quanto ao modelo proposto.

E, ainda quanto aqueles serviços que podem ser cumpridos a distância, não se considera que o modelo de teletrabalho que defendemos possa vir a ser implantado indistintamente, quando consideradas as diversas particularidades dos tipos de trabalho.

A adesão ao teletrabalho, nesses termos, demanda o rompimento de paradigmas relacionados a aspectos de hipossuficiência do empregado, bem como clama por especial grau de maturidade dos sujeitos, seja pelo empregado ao saber dispor da liberdade que alcançou, seja pelo empregador ao conscientemente limitar seu poder diretivo.

O que se propõe é que esse quadro de liberdade e confiança mútua, baseado na boa-fé objetiva entre os sujeitos, seja o parâmetro de abordagem das relações de trabalho a distância, trazendo o rigor de intervenções e limitações, vistos nas relações presenciais, somente em situações de exceção.



SOBRE ARBITRAGEM TRABALHISTA: ENTRE A LEI N. 9.307/1996 E A “REFORMA TRABALHISTA”, APLICA-SE A NORMA MAIS FAVORÁVEL AO TRABALHADOR

Igor de Oliveira Zwicker

Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará (PA), aprovado em 1º lugar geral; Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (PA), aprovado em 1º lugar geral; Especialista em Economia do Trabalho e Sindicalismo pela Universidade Estadual de Campinas (SP); Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes (RJ); Bacharel em Direito e Especialista em Gestão de Serviços Públicos pela Universidade da Amazônia (PA); Analista Judiciário (Área Judiciária) e Assessor Jurídico-Administrativo do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região (PA/AP); Professor de Direito; Autor do livro “Súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos do TST” (São Paulo: LTr, 2015); tem, até 29.3.2019, oitenta e quatro (84) artigos jurídicos publicados, além de dezenas sobre Língua Portuguesa.

No direito coletivo do trabalho, há previsão constitucional da arbitragem, permitindo-se aos atores coletivos a negociação coletiva ou a arbitragem ou o ajuizamento, de comum acordo, de dissídio coletivo de natureza econômica (art. 114, § 2º, da Constituição). O próprio Ministério Público do Trabalho tem a competência de “atuar como árbitro, se assim for solicitado pelas partes, nos dissídios de competência da Justiça do Trabalho” (art. 83, XI, da Lei Complementar n. 75/1993).

Porém, no direito individual, há tratamento jurídico diverso.

Com efeito, o direito individual do trabalho construiu seu núcleo duro em torno dos princípios da *imperatividade das normas trabalhistas*, pelo qual “prevalece [...] o domínio de regras jurídicas obrigatórias, em detrimento de regras apenas dispositivas”, e da *indisponibilidade dos direitos trabalhistas*, que “traduz a inviabilidade técnico-jurídica de poder o empregado despojar-se, por sua simples manifestação de vontade, das vantagens e proteções que lhe asseguram a ordem jurídica e o contrato” (DELGADO, 2019, p. 236-237).

O direito individual é marcadamente protetivo, em razão da hipossuficiência do empregado, cujo contrato de trabalho tem como objeto seu meio de existência digna (salário), em face do empregador, que possui para si o poder empregatício, o que fundamenta, inclusive, a legitimação da intervenção estatal (onde se inclui o Estado-Juiz, na forma do art. 5º, XXXV, da Constituição) na autonomia da vontade. Neste sentido, “os contratos que versem sobre a aquisição ou a utilização de bens que, considerando sua destinação, são tidos como essenciais estão sujeitos a um regime tutelar, justificado pela necessidade de proteção” (NEGREIROS, 2006, p. 463).

Nesse sentido, os direitos trabalhistas são envolvidos — todos — sob o manto da indisponibilidade, que pode ser absoluta (sem possibilidade de disposição) ou relativa (onde se franqueia a disposição, em dadas condições). Porém, absoluto ou relativo, todo e qualquer direito trabalhista é *indisponível*.

O direito é de indisponibilidade absoluta “quando o direito enfocado merecer uma tutela de nível de interesse público, por traduzir um patamar civilizatório mínimo”, a exemplo do “direito à assinatura de CTPS, ao salário mínimo, à incidência das normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador”. Verifica-se a indisponibilidade relativa “quando o direito enfocado traduzir interesse individual ou bilateral simples, que não caracterize um padrão civilizatório geral mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico”, a exemplo da “modalidade de salário paga ao empregado ao longo da relação de emprego (salário fixo *versus* salário variável) [...]” (DELGADO, 2019, p. 253).

Não à toa a própria Lei de Arbitragem — Lei n. 9.307/1996 — dispõe taxativamente, em seu art. 1º, *caput*, que as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a *direitos patrimoniais disponíveis*.

Em sentido contrário, a Lei n. 13.467/2017 (“Reforma Trabalhista”), sob o pálio de “adequar a legislação às novas relações de trabalho”, conforme ementa da lei, que traduz o seu objeto, consoante art. 5º da Lei Complementar n. 95/1998, incluiu o art. 507-A na CLT, que diz:

“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 n. 9.307, de 23 de setembro de 1996.”

O instituto da arbitragem “mostra-se flagrantemente incompatível com os campos do Direito em que vigoram princípios distintos, especialmente em vista da lancinante diferenciação de poder entre os sujeitos das relações jurídicas centrais desses campos normativos específicos” (DELGADO; DELGADO, 2018, p. 215). A CLT, aliás, ao se referir à arbitragem prevista na Lei n. 9.307/1996, retira por si só a eficácia do art. 507-A, dado o regramento contido no art. 1º, *caput*, da Lei da Arbitragem.

Para visualizar a correta e adequada solução — constitucional — à controvérsia, lembre-se, *mutatis mutandis*, que o STF assentou, no famoso RE n. 590.415/SC⁽¹⁾, a seguinte tese da repercussão geral (no mérito):

“A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constatado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado.”

Nos debates⁽²⁾, algo soou unânime entre os ministros: no plano coletivo, não há uma parte hipossuficiente, na medida em que os trabalhadores são representados pelo sindicato da categoria profissional (art. 8º, VI, da Constituição). Porém, *isso não ocorre no plano individual, independentemente do nível intelectual do empregado ou da remuneração percebida*.

Segundo o Ministro Luís Roberto Barroso, Relator, “no direito individual do trabalho o trabalhador fica à mercê de proteção estatal até contra sua própria necessidade ou ganância”. Essa proteção tem sentido, “uma vez que empregado e empregador têm peso eco-

nômico e político diversos”. Segundo disse, “a incidência da proteção às relações individuais de trabalho é diversa da sua incidência nas negociações coletivas”, pois apenas na negociação coletiva “o poder econômico do empregador é contrabalançado pelo poder dos sindicatos que representam os empregados”, pois tais entidades “têm poder social, político e de barganha”.

O Ministro Ricardo Lewandowski ressaltou que, no plano individual, “o trabalhador precisa ser protegido, uma vez que a empresa possui força para compeli-lo a agir até contra sua própria vontade”, o que não ocorre no plano coletivo, onde “existe paridade de armas” e o sindicato da categoria profissional está “em igualdade de condições” com a empresa ou o sindicato da categoria econômica.

Ou seja, encontramos aqui, no plano individual, um confronto entre regras concorrentes, cuja solução perpassa pelo *princípio da norma mais favorável*, como “princípio orientador do processo de hierarquização de normas trabalhistas” (DELGADO, 2019, p. 234-235).

Nessa esteira, entendo que a arbitragem somente pode ser aplicada dentro do direito coletivo do trabalho, na forma do art. 114, § 2º, da Constituição, inclusive com a participação do Ministério Público do Trabalho, na qualidade de árbitro, consoante art. 83, XI, da Lei Complementar n. 75/1993.

Porém, no direito individual do trabalho, há confronto entre o art. 507-A na CLT e o art. 1º, *caput*, da Lei n. 9.307/1996, devendo prevalecer o segundo, pelo princípio da norma mais favorável, de modo que pessoas capazes só podem valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, o que não é o caso dos direitos sujeitos à legislação do trabalho, o que permite concluir pela ineficácia do novel dispositivo celetista.

Referências

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 Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil*: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2018.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

(1) Recurso Extraordinário n. 590.415/SC, Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, Julgamento: 30.4.2015, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: DJe-101 divulgado em 28.5.2015 e publicado em 29.5.2015, com repercussão geral reconhecida (julgamento do mérito).

(2) “STF reconhece validade de cláusula de renúncia em plano de dispensa incentivada”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=290618>>. Acesso em: 4 abr. 2018.

MEIOS DE RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS LABORAIS — A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA

Bruno Martelo

Advogado. Doutorando no Programa de Doutorado em Direito Público e Jurisdição da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

A sociedade atual apresenta-se cada vez mais plural e complexa e a resolução dos litígios que emergem no seu seio exige, não raras vezes, a existência de mecanismos que vão para além daqueles que o Estado, através dos tribunais, disponibiliza aos cidadãos. Fala-se, então, de resolução alternativa de litígios — *Alternative Dispute Resolution* —, ou seja, da resolução de conflitos por outros meios que não a adjudicação dos tribunais. No fundo, trata-se de procedimentos, de natureza consensual, que surgem como alternativa à litigação judicial e envolvem a intervenção de um terceiro neutro e imparcial face à contenda.

Não pode dizer-se que, na área laboral, a resolução alternativa de litígios constitua uma novidade, na exata medida em que, em rigor, o Estado nunca teve, aí, o monopólio de regulação de conflitos. Na verdade, a par com os tradicionais meios de composição de litígios, sempre existiram meios alternativos de resolução de conflitos laborais, designadamente os “organismos disciplinares” nas empresas e, bem assim, a mediação e a arbitragem.

O que acaba de se dizer varia, claro está, de país para país. Nos EUA, por exemplo, há uma forte tradição de recurso a meios de resolução alternativa de litígios do trabalho com especial destaque para a arbitragem — que nessa sede, remonta, no âmbito das relações laborais individuais, ao séc. XVIII e, no âmbito dos conflitos coletivos, ao séc. XIX (ainda que com contornos algo diferentes daqueles que tem hoje) — e para a mediação. No Reino Unido, a conciliação e arbitragem nas relações coletivas laborais foi implementada no início do séc. XX, numa primeira fase promovida através de um departamento governamental — *Conciliation and Arbitration Service* — e, posteriormente, em face das falhas desse sistema, através de um serviço voluntário, independente do Governo mas financiado por ele — o *Advisory Conciliation and Arbitration Service* — que tem por objetivo a prestação de um serviço imparcial de auxílio às partes na prevenção e resolução de disputas laborais. Já em França, a resolução alternativa de litígios laborais passa pelo recurso à arbitragem, não podendo, porém, deixar de se destacar o papel dos *Prud’hommes*, no fundo, uma jurisdição especializada e paritária que tem por fito promover a conciliação entre trabalhadores e empregadores no âmbito dos conflitos individuais de trabalho.

Em Portugal, não obstante a existência de vários mecanismos de resolução alternativa de litígios laborais, a tendência vai sendo, ainda, a do recurso à via judicial, de tal modo que há, ainda, conflitos para os quais está vedada a utilização de qualquer outra forma de composição. Com efeito, decorre do n. 1 do art. 387 do Código do Trabalho que a regularidade e licitude do despedimento (individual e coletivo) só pode ser apreciada por tribunal judicial.

É, como se disse, a tendência, o que não significa, porém, que a resolução alternativa de litígios laborais esteja vedada ou, sequer, arredada da prática quotidiana.

Tanto assim é que, no que especificamente concerne aos conflitos coletivos de trabalho, estão previstos, nos arts. 532 e ss. do Código do Trabalho, meios de resolução alternativa. É o caso, desde logo, da conciliação, procedimento que consiste numa negociação assistida, efetuada pelo serviço competente do ministério responsável pela área laboral — atualmente a Direção-Geral

do Emprego e das Relações do Trabalho — e por intermédio do qual se visa, em regra, promover um consenso quanto à celebração ou revisão de convenção coletiva (ainda que possa ser utilizada para resolução de outros conflitos coletivos de trabalho), e que é concluída com um acordo ou com um não acordo quanto às matérias que estejam a ser discutidas.

A conciliação pode ser transformada em mediação, procedimento que consiste na tentativa de resolução de um conflito coletivo, a partir de uma proposta formulada pelo mediador — que pode pertencer à DGERT ou, em alternativa, pode ser, a pedido destas, nomeado de entre a lista de árbitros presidentes existente no Conselho Económico e Social — e que pode ter lugar por acordo das partes ou por iniciativa de apenas uma delas, um mês após o início da conciliação, mediante comunicação, por escrito, à outra parte.

Quer haja acordo no âmbito da conciliação ou, posteriormente, já em sede de mediação, o mesmo não vale por si só, antes se exigindo às partes que o transformem numa Convenção Coletiva (ou numa alteração a uma convenção já existente), para posterior depósito e publicação.

O ordenamento jurídico português prevê, também, a Arbitragem para os conflitos coletivos de trabalho, podendo a ela ser submetidos, a todo o tempo, como resulta do art. 506 do Código do Trabalho, as questões laborais resultantes, nomeadamente, da interpretação, integração ou revisão de convenção coletiva. A arbitragem pode ser voluntária — regendo-se, nesse caso, por acordo das partes ou, na falta dele, pelas normas supletivas contidas no Código do Trabalho —, ou obrigatória, neste caso determinada por despacho fundamentado do ministro responsável da área laboral. Claro está que esta sujeição das partes em conflito a uma arbitragem obrigatória, por determinação governamental, não é admissível em toda e qualquer situação, mas antes, sim, naquelas expressamente previstas na lei, mais concretamente: (i) tratando-se de primeira convenção, a requerimento de qualquer das partes, desde que tenha havido negociações prolongadas e infrutíferas, conciliação ou mediação frustrada e não tenha sido possível dirimir o conflito por meio de arbitragem voluntária, em virtude da má-fé negocial da outra parte, ouvida a Comissão Permanente de Concertação Social; (ii) Havendo recomendação nesse sentido da Comissão Permanente de Concertação Social, com voto favorável da maioria dos membros representantes dos trabalhadores e dos empregadores; (iii) Por iniciativa do ministro responsável pela área laboral, ouvida a Comissão Permanente de Concertação Social, quando estejam em causa serviços essenciais destinados a proteger a vida, a saúde e a segurança das pessoas.

Se não há dúvidas quanto à utilização destes meios — porque expressamente previstos na lei — no âmbito dos conflitos coletivos de trabalho, tem-se discutido a possibilidade de recurso à arbitragem no âmbito das relações individuais de trabalho, em virtude de não estar prevista no Código do Trabalho, sendo que a doutrina e jurisprudência recentes surgem, cada vez mais, a apontar no sentido de a mesma ser admissível, com amparo na Lei da Arbitragem Voluntária (Lei n. 63/2011, de 14 de dezembro).

Do que ficou dito — ainda que em termos muito genéricos — pode extrair-se, em conclusão, que não obstante a resolução alternativa de litígios laborais ter

assento no ordenamento jurídico português, não se lhe conhece, ainda, na prática, a expressão que assume noutros países europeus, sobretudo no que tange aos conflitos individuais, área em que, como se disse, não é, sequer, pacífica a possibilidade de recurso a tais meios.

Trata-se, portanto, de matéria em que ainda há muito a desbravar, não só em Portugal, mas, pelo que me é dado a observar, também no Brasil, a atentar no que relata o meu Ilustre colega Alfredo Bottone no texto que aqui nos traz sobre a realidade brasileira.

O MODELO MAIS ADEQUADO PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS, NO DIREITO CONTEMPORÂNEO, AINDA É O PODER JUDICIÁRIO

Igor de Oliveira Zwicker

Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará (PA), aprovado em 1º lugar geral; Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (PA), aprovado em 1º lugar geral; Especialista em Economia do Trabalho e Sindicalismo pela Universidade Estadual de Campinas (SP); Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes (RJ); Bacharel em Direito e Especialista em Gestão de Serviços Públicos pela Universidade da Amazônia (PA); Analista Judiciário (Área Judiciária) e Assessor Jurídico-Administrativo do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região (PA/AP); Professor de Direito; Autor do livro “Súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos do TST” (São Paulo: LTr, 2015); tem, até 29.3.2019, oitenta e quatro (84) artigos jurídicos publicados, além de dezenas sobre Língua Portuguesa.

Segundo o art. 2º da Constituição, são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. A par dessa premissa, a mesma Constituição prevê, no art. 5º, XXXV, com estatuta de direito fundamental, pético e de aplicação imediata (arts. 5º, § 1º, e 60, § 4º, IV, da Constituição), que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

A chamada “crise da separação dos poderes” é uma falácia, por dois motivos: (i) pela natureza instrumental do princípio da separação de poderes, que não é fim em si mesmo, pois, embora tenha derivado da percepção histórica de que o poder do rei deveria ter um limite, tem como função real a de separar as atribuições entre os poderes para viabilizar e preservar direitos e liberdades; (ii) a suposta crise, muito mais do que do Poder Judiciário, é do Parlamento e das maiorias políticas, os quais, atualmente, muito mais do que locais de identidade ideológica, são *loci* extremamente heterogêneos (BARCELLOS, 2008, p. 245-246).

A separação dos poderes, hodiernamente, vai muito além do perigo do monarca despótico que assustara Montesquieu. A atuação judicial é uma construção “de mãos dadas” com o legislador, cabendo ao Poder Judiciário lhe completar a obra e, quando necessário, apressar-lhe os passos, diante da evidente electricidade social: o ativismo judicial “não passa de uma expressão nova com a qual se pretende rebatizar, criticamente, a velha criação judicial do direito” (COELHO, 2011, p. 494-495 e 498).

Isso porque, quando a Constituição proclama que todo poder emana do povo, pouco importa se será diretamente ou por meio de representantes, que podem ser *eleitos* diretamente, por meio de sufrágio universal, ou indiretamente — certo é que a escolha de magistrados ou sua seleção por concurso público também é fruto pelo processo democrático, na forma concebida pela própria Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988.

Assim, ao menos no caso brasileiro, diante da própria Constituição e da sua força normativa, fruto do Poder Constituinte Originário, não há que se falar em ausência de legitimação judicial tão somente porque os magistrados não foram “eleitos”, até porque, de fato o foram, ainda que indiretamente, como explicitado acima.

Para muito além da soberania popular e/ou estatal, prevalece a soberania da Constituição (HÄBERLE, 2009, p. 4). Dessa forma, é legítimo, por exemplo, que juízes do trabalho deixem de aplicar a chamada “Reforma Trabalhista” se constatarem afronta direta e literal à Constituição ou contrariedade a tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, os quais possuem posição hierárquico-normativa de suprallegalidade.

É legítimo ao Poder Judiciário tergiversar a literalidade do art. 226, § 3º, da Constituição, a partir de seus próprios termos, pois não há nenhuma razão plausível para — dentro de um Estado dito laico, que visa promover o bem de todos, sem nenhum tipo de preconceito (objetivos da República, segundo art. 3º da Carta) —

alijar cidadãos homossexuais e lhes negar o direito ao casamento civil ou ao reconhecimento da união estável.

Também é legítimo retirar a eficácia da Lei n. 5.250/1967 (“Lei de Imprensa”), quando a mesma não é recepcionada pelo regime das liberdades inaugurado em 5.10.1988.

É igualmente legítimo negar eficácia ao art. 482, f, da CLT, cuja ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, *caput*, da Constituição), mormente quando se constata que a embriaguez não é desvio de conduta, justificador da justa causa, mas doença com previsão em mais de setenta itens da Classificação Internacional de Doenças (CID), inclusive com previsão de embriaguez meramente eventual.

O Brasil não possui instituições democráticas em plenas condições de funcionamento, sendo evidente e latente a corrupção que assola todos os campos sociais, mas que se fazem presentes, em grande parte, no seio político. O Brasil também não conta com um legislativo verdadeiramente representativo, bastando observar o número de homossexuais, mulheres, pretos e indígenas, por exemplo, que compõem o Parlamento, em contraposição a uma maioria de homens brancos, heterossexuais e de determinada linha ideológica ou profissão de fé.

O Poder Judiciário é, dentro da ótica de freios e contrapesos (*checks and balances*), um poder limitador de abusos antidemocráticos dos demais Poderes, sendo legítima a sua atuação para constringer comportamentos que transgridam a autoridade da Constituição. Nesse sentido, é necessário que “sejam respeitados os direitos fundamentais de todos os indivíduos, façam eles parte da maioria ou não” (Ana Paula de Barcellos *apud* BRITO FILHO, 2018, p. 116).

No direito contemporâneo, em que o próprio Presidente da República afirma que governará para as maiorias e as minorias que se curvem e se adéquam ou simplesmente desapareçam⁽³⁾, o Poder Judiciário deve desempenhar, mais do que nunca, seu tradicional papel de Corte contramajoritária:

“O que cabe destacar aqui é que a Corte desempenha, claramente, dois papéis distintos e aparentemente contrapostos. O primeiro papel é apelidado, na teoria constitucional, de contramajoritário: em nome da Constituição, da proteção das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais, cabe a ela a atribuição de declarar a inconstitucionalidade de leis (i.e., de decisões majoritárias tomadas pelo Congresso) e de atos do Poder Executivo (cujo chefe foi eleito pela maioria absoluta dos cidadãos). Vale dizer: agentes públicos não eleitos, como juízes e Ministros do STF, podem sobrepôr a sua razão à dos tradicionais representantes da política majoritária. Daí o termo contramajoritário. O segundo papel, menos debatido na teoria constitucional 15, pode ser referido como representativo. Trata-se, como o nome sugere, do atendimento, pelo Tribunal, de demandas sociais e de anseios políticos que não foram satisfeitos a tempo e a hora pelo Congresso Nacional.” (BARROSO, s/d)

(3) Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=BCKEwP8TeZY>>. Acesso em: 3 maio 2019.

É claro que o Poder Judiciário, diante do número gigantesco de ações, a fim de se comprometer com a razoável duração do processo e meios que garantam a celeridade da tramitação dos processos judiciais (art. 5º, LXXVIII, da Constituição), deve envidar soluções criativas, utilizando-se da conciliação e mediação (CPC e Resolução n. 174/2016, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho), decidindo considerando as consequências práticas da sua decisão (art. 20 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), atendendo aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência (art. 8º do CPC) e atentando às estruturas de governança⁽⁴⁾ produtivas.

Porém, no fim, a decisão judicial ainda é o meio mais adequado à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que é o objetivo da República Federativa do Brasil (art. 3º, I, da Constituição), ainda que isso traga maior “judicialização” e/ou acarrete um maior número de processos a serem julgados. Como cirurgicamente colocou a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, do Supremo Tribunal Federal, ao votar no Mandado de Injunção n. 833, em sessão de 22.10.2014:

“O mais é convencimento e compreensão de cada um. Eu não considerarei e não levo em consideração quanto ao que isto pode gerar em termos de judicialização. Eu vivo biblicamente: a cada dia a sua agonia, foi-me posto um processo para relatar e eu decido segundo o que se tem no processo quanto ao direito. Nada mais.”

Referências

- ALLEN, Danielle. “Humanas são tão importantes quanto exatas e biológicas”, diz professora. *BBC News Brasil*, 30 abr. 2019. Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/noticias/bbc/2019/04/30/ciencias-humanas-sao-tao-importantes-quando-exatas-e-biologicas.htm>>. Acesso em: 3 maio 2019.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-alexey.pdf>>. Acesso em: 3 maio 2019.
- BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito? In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 475-498.
- HÄBERLE, Peter. Entrevista de César Landa: o papel dos tribunais constitucionais diante dos desafios contemporâneos. In: VALADÉS, Diego (Org.). *Conversas acadêmicas com Peter Häberle* [trad. de Carlos dos Santos Almeida]. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1-15.

(4) “Governança é um termo usado para descrever como o processo de tomada de decisão e a forma como medidas são implementadas por instituições públicas para conduzir questões de interesse social e administrar recursos públicos.” (ALLEN, 2019)

PROJETO DE LEI DO SENADO N. 392 DE 2016 — SAQUE DO FGTS NO CASO DE PEDIDO DE DEMISSÃO: BOM PARA QUEM?

Marcelo Ivan Melek

Doutor em Direito. Mestre em Educação. Especialista em Direito do Trabalho e Processual do trabalho. Bacharel em Direito e em Administração de Empresas. Advogado e professor de direito do trabalho, processual do trabalho e prática trabalhista da Universidade Positivo.

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) foi criado na Constituição de 1946 como regime alternativo à estabilidade que os empregados possuíam ao completar dez anos de serviço ao empregador. Esse regime de estabilidade era muito criticado pela sua falta de efetividade, porque muitas vezes o empregador não permitia que o seu empregado completasse os dez anos exigidos, sofrendo a dispensa antes disso. Logo, ao invés de ser uma garantia, acabava virando uma penalidade para aquele que estava prestes a completar dez anos de trabalho⁽¹⁾.

Neste sistema havia duas opções: pertencer ao regime mencionado ou então renunciar o direito à estabilidade decenal. No entanto, a Constituição Federal de 1988 erigiu o FGTS a um direito fundamental dirigido a todos os empregados, em substituição definitiva e automática à estabilidade decenal. Neste sentido Maurício Godinho Delgado ressalva que “A Constituição de 1988 universalizou o sistema do FGTS: a um só tempo, eliminou a exigência de opção escrita pelo Fundo (executada a opção retroativa, evidentemente) e fez do FGTS um direito inerente a todo contrato empregatício, inclusive o do rurícola (art. 7, III, CF/1988)”⁽²⁾.

O valor recolhido pelo empregador a título de FGTS objetivou formar uma espécie de poupança forçada a ser entregue ao empregado na dispensa involuntária, isto é, quando perdesse seu emprego ou em outras hipóteses excepcionais estabelecidas na Lei n. 8.036/90.

O referido Fundo é constituído por saldos de contas vinculadas aos trabalhadores e ainda de outros recursos incorporados. Os recursos arrecadados se destinam tanto ao trabalhador, no caso de saque, quanto ao desenvolvimento e fomento de programas econômicos e sociais promovidos pelo Governo.

Contudo, algumas situações fugiram ao escopo e alcance da previsão legal. A mais relevante delas, é quando um empregado não tendo mais o desejo de manter-se no trabalho, por diversos motivos, procura seu empregador e propõe que a empresa o demita para que possa sacar o FGTS e receber o seguro-desemprego, se comprometendo a devolver a multa de 40% sobre o saldo existente do FGTS⁽³⁾.

A empresa resiste a essa proposta, comumente chamada de “acordo”, porque é uma fraude ao sistema do FGTS e ao seguro-desemprego. No entanto, por muitas vezes a recusa da empresa não é compreendida pelo empregado, e a partir de então a relação laboral passa a ser conflituosa. Esse conflito compromete o meio ambiente de trabalho, e não raro o empregado deixa de trabalhar de forma adequada e satisfatória provocando a sua dispensa, querendo ser mandado embora.

Defende-se que na maioria das vezes, tudo isso é fruto de uma situação de desespero do empregado que urgentemente necessita de dinheiro, pelas mais variadas e morais razões, como para arcar com custos médicos-hospitalares, hipóteses de saque não contempladas na Lei.

A reforma trabalhista previu a legalização deste “acordo” exatamente para evitar essa situação. O art. 484-A da CLT prevê que no caso de mútuo acordo na dispensa, o empregado pode sacar até 80% do valor. Apesar da tentativa de resolver a situação em questão, acredita-se que tal previsão legal não gerará os resultados esperados, seja porque o empregado não poderá sacar na íntegra seu FGTS seja porque não estará habilitado a receber o seguro-desemprego.

Neste contexto, surge projeto de Lei do Senado (PLS) 392/2016 que permite o empregado sacar integralmente o valor do FGTS depositado em sua conta vinculada no caso de pedir demissão. A Comissão de Assuntos Sociais (CAS) do Senado deu parecer favorável com a aprovação do projeto em 11.4.2018. Atualmente, o projeto encontra-se na Secretaria Legislativa do Senado Federal, onde aguarda inclusão em ordem do dia, uma vez que encontra-se pronto para deliberação do Plenário em discussão turno único. Uma vez aprovado, o Projeto é encaminhado para a Câmara dos Deputados para prosseguir no curso do processo legislativo.

A modificação pretendida pelo projeto resolve, em partes, a questão de quando o empregado quer sair do emprego por sua iniciativa sem prejuízo de receber integralmente o FGTS. Teria, assim, maior liberdade e mobilidade na vida laboral. Seria uma saída legal para a fraude havida e provocada pelo “acordo” feito pelas partes.

Além disso, mesmo na hipótese de não querer utilizar o valor do Fundo, o beneficiário poderia aplicar esse dinheiro que lhe renderia muito mais do que comparado com o rendimento dado pelo sistema do

(1) Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *Breve histórico do FGTS*. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/divida-ativa-da-uniao/fgts/breve-historico-do-fgts>>. Acesso em: abril 2019.

(2) DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 17 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2018. p. 1.325.

(3) MARTINS, Sérgio Pinto. *Manual do FGTS*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 87.

Fundo. Ainda, como direito fundamental e de caráter indisponível do empregado, seria desejável ou possível antecipar a movimentação do valor?

Não há predomínio no Brasil de cultura efetiva de educação financeira, planejamento financeiro de médio e longo prazo, motivo pelo qual levaria as pessoas a gastarem todo o dinheiro que mais tarde poderia ser utilizado com a finalidade concebida pelo FGTS. Também, poderia em caso de desespero do trabalhador ou como forma mais fácil de obtenção de dinheiro preferir o desemprego em prol de dinheiro disponível, o que levaria a uma situação precária e perigosa no atual cenário de desemprego e crise econômica.

Outra questão que merece indagação é se o sistema do FGTS estaria preparado para não contar com esses valores, tendo em vista que enquanto estiverem depositados são utilizados para programas sociais e de desenvolvimento econômico do país, o que na prática representa uma diminuição da receita do Estado.

Sob a perspectiva econômica, a medida cai bem e em boa hora, pois mais pessoas com mais dinheiro para gastar, poderia animar o mercado, ainda que esse ânimo seja artificial e provocado pela utilização de “poupança”.

Superadas todas essas questões, deve-se reconhecer que o projeto de Lei em questão é benéfico para o empregado em um primeiro momento e a curto prazo, mas que a médio e longo prazo, o próprio trabalhador poderá sofrer com as consequências de sua escolha. Espera-se que seja a mais adequada e sensata possível.

Projeto de Lei do Senado n. 392, de 2016⁽⁴⁾.

Autoria: Senadora Rose de Freitas (PMDB/ES)

Ementa e explicação da ementa

(4) Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n. 362/2016*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127329>>. Acesso em: abril 2019.

Ementa:

Altera o inciso I do art. 20 da Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990, para permitir a movimentação da conta vinculada do trabalhador no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) na hipótese de pedido de demissão.

Explicação da Ementa:

Permite a movimentação da conta vinculada do trabalhador no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) na hipótese de pedido de demissão.

Situação atual

3.1.2019

SF-SLSF — Secretaria Legislativa do Senado Federal

Situação: PRONTO PARA DELIBERAÇÃO DO PLENÁRIO

Ação: Aguardando inclusão em Ordem do Dia. Discussão, em turno único.

Referências

BRASIL. Lei Federal n. 8036, de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8036consol.htm>. Acesso em: abril 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 17 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Manual do FGTS*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *Breve histórico do FGTS*. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/divida-ativa-da-uniao/fgts/breve-historico-do-fgts>>. Acesso em: abril 2019.

Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n. 362/2016*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127329>>. Acesso em: abril 2019.

O DIÁLOGO SOCIAL — ALTERNATIVA NA SOLUÇÃO E PREVENÇÃO DE CONFLITOS TRABALHISTAS

Alfredo Bottone

Advogado, PhD in Philosophy in Business Administration, autor do livro “*Insights de um RH Estratégico*” e de e-books e artigos na área trabalhista e de gestão de pessoas.

As relações de trabalho são passíveis de conflitos, por melhor que seja um ambiente de trabalho. No Brasil, o Judiciário, até o advento da Reforma Trabalhista de 2017 (Lei n. 13.467), exerceu uma atuação preponderante, resquício do passado, notadamente no chamado

“varguismo” (1937 a 1950) onde o Estado chamou para si a responsabilidade de “manter a paz” na relação entre o empregador e o empregado, para que, segundo o argumento daquele Governo, a indústria pudesse crescer sem perturbações. Com a Constituição de 1988, esse

quadro começou a se alterar, com a eliminação dos juízes classistas, bem como com o devido reconhecimento dos sindicatos como entidades de direito privado, não podendo mais ter a interveniência do Estado. A Reforma Trabalhista trouxe novos avanços, como o fim da contribuição sindical. Foi mantida a unicidade sindical, mas em algum momento isso também haverá de ser mudado, para que seja consolidada a verdadeira liberdade sindical.

Inicialmente, apresentaremos, de forma bem sucinta, as formas previstas em lei para a solução de conflitos trabalhistas no Brasil. Em seguida, vamos nos estender num modelo que adotamos numa grande empresa estrangeira, no Brasil, com a nossa equipe de trabalho, o qual atendeu, com excelentes resultados, à solução e prevenção de conflitos, reduzindo, sobremaneira, o ritmo das ações trabalhistas e contribuindo para um clima de confiança entre as partes.

Em paralelo a esta tese, um colega de Portugal, o renomado advogado Bruno Martelo, Doutorando no Programa de Doutorado em Direito Público e Jurisdição da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, desenvolveu, para este 59º Congresso, o tema Meios de Resolução Alternativa de Litígios Laborais, A experiência portuguesa, proporcionando-nos uma visão geral sobre a questão nos Estados Unidos e alguns países da Europa, com foco especial em Portugal. Recomendamos a leitura.

As formas de solução de conflitos no Brasil

Negociação coletiva: é o instrumento mais rico e autêntico de todos eles, porque, *com a autonomia e soberania* que lhe são peculiares, permite a qualquer tempo solucionar conflitos, mesmo que estes já estejam num processo judicial ou extrajudicial. A negociação é incentivada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT)⁽¹⁾, por considerá-la a melhor forma de composição dos interesses nas relações de trabalho.

Mediação: vem do latim *mediatio*, que significa intervenção, intercessão ou intermediação, é considerado como um processo de autocomposição do conflito. É, normalmente, utilizada pelo Ministério do Trabalho, principalmente para conflitos coletivos de trabalho.

Arbitragem: é um mecanismo extrajudicial, ou seja, que tem o poder outorgado pelas partes para decidir não está vinculado à jurisdição do Estado, mas é investido do poder decisório sobre o conflito. A Arbitragem tem previsão na Constituição Federal, tal como a Mediação (art. 114, § 2º).

Jurisdição estatal: é exercida pelo Poder Judiciário. Deveria ser a alternativa menos utilizada, somente após esgotada a mediação e a arbitragem, porém, na prática é a mais utilizada. Com a Reforma Trabalhista, cremos que será bastante reduzida a “indústria das reclamações trabalhistas”, pelo ônus que passará a ser imposto aos reclamantes e os advogados que se aventurarem a pedir absurdos.

Comissões de Conciliação Prévia: instituída pela Lei n. 9.958/2000. Decorridas quase duas décadas da mes-

ma, os efeitos práticos ainda são irrelevantes. Algumas iniciativas decorreram de acordos coletivos.

Diálogo social

Um caminho alternativo e efetivo para a solução e prevenção de conflitos trabalhistas.

Em duas das empresas que exerci o cargo de Diretor de RH, conseguimos negociar com os sindicatos uma cláusula onde os mesmos se comprometiam a não ingressar com ação judicial sem uma tentativa prévia de solução administrativa. A importância dessa cláusula foi a de estabelecer um diálogo mais efetivo sobre questões conflitivas nas relações de trabalho, quer por omissão ou ação equivocada de algum gestor em nome da empresa, quer por interpretação equivocada do trabalhador. O resultado foi altamente positivo. A melhor experiência, dentro do espírito da conciliação prévia foi numa empresa francesa, com uma grande unidade no Brasil, onde atuamos por 3,5 anos. Criamos o chamado fórum de “diálogo social”, de forma paritária, onde essas questões eram, mensalmente, apresentadas, discutidas e deliberadas. A redução do contencioso trabalhista foi altamente significativa.

Comissão do diálogo social

Composição: paritária — empresa (RH — diretor coordenando e representantes de áreas descentralizadas = linha de frente — gerentes do primeiro escalão, nomeados pelos diretores e com poder decisório) e sindicatos (Presidentes e Diretores). Um dos pontos relevantes para o sucesso desse modelo de solução de conflitos.

Periodicidade das reuniões: Mensal, com duração de duas horas.

Pauta: elaborada de comum acordo — sindicatos e empresa enviavam itens com antecedência, para que as partes pudessem analisar previamente.

Dinâmica das reuniões e formalização das decisões: cada assunto tratado era tomado a termo em Ata de Reunião, com o respectivo título, objeto, breve descrição e solução ou encaminhamento. Se não resolvido, voltava a ser pautado até a solução. Reclamações trabalhistas em andamento, principalmente, as coletivas e as plúrimas eram objeto de discussão para tentativa de se pôr fim às mesmas. Temas relacionados a acordo coletivo, após discutidos e consensados, eram levados à categoria profissional para deliberação. Após isso, era formulado “termo aditivo ao acordo coletivo”. A Diretoria e Gerentes eram informados dos principais assuntos discutidos e deliberados.

Conclusão

Esse modelo do Diálogo Social é factível sob todos os ângulos. Juridicamente, está alinhado com o princípio da livre negociação e indo muito além da Comissão de Conciliação Prévia. Em termos das relações de trabalho, está em consonância com a manutenção de um clima de trabalho estável e de confiança, assegurando condições para uma maior produtividade. Com

(1) A Organização Internacional do Trabalho — OIT — foi criada em 1919, depois do final da Primeira Guerra Mundial.

essa estratégia, as negociações coletivas ficam bem mais simples, com foco apenas em questões econômicas e de benefícios. É um modelo dinâmico para tratar de conflitos e outros assuntos de interesse das partes de maneira assertiva e contínua. Condições de trabalho, notada-

mente para as atividades de risco e insalubres, acabam tendo uma forte convergência e comprometimento dos envolvidos. Respeito, honestidade, flexibilidade e comunicação para os gestores e empregados são pilares importantes para o sucesso desse modelo.



DIFERENÇA ENTRE DANO EXISTENCIAL E DANO MORAL APÓS A REFORMA TRABALHISTA

Gabriela Marques Silva

Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto. Integrante do Grupo de Estudos de Direito do Trabalho da Universidade Federal de Ouro Preto.

A CLT não traz em seus artigos um conceito de dano. Para tanto, o intérprete deve recorrer ao Código Civil de 2002, atento ao fato de que o dano relevante para a discussão na Justiça do Trabalho é aquele decorrente de uma relação de trabalho.

Dano é a lesão, de ordem moral e/ou patrimonial, causada por uma conduta positiva ou omissiva, que com ela guarda nexos de causalidade. Tem por consequência a responsabilidade civil, consistente na correspondente reparação jurídica.

Até a Reforma Trabalhista, o conceito de dano era juridicamente tratado a partir de algumas subdivisões: dano patrimonial, dano moral, dano estético e dano existencial.

Dano patrimonial é o dano de ordem material, consistente em violação ao patrimônio do ofendido. Comporta duas facetas: a do dano emergente, ou seja, imediato; e a do lucro cessante, ou seja, o que se deixa de ganhar em razão do dano.

Dano moral é aquele que atinge a direitos da personalidade, e, por isso, tem como titular a pessoa natural. O legislador reformista, ao estendê-lo à pessoa jurídica (art. 223-B, CLT), é juridicamente atécnico.

Dano estético é o dano de ordem física, corporal, que prejudica a fisionomia de um sujeito. Segundo a Súmula n. 387 do STJ, pode ser cumulado com o dano moral.

Por fim, o dano existencial relaciona-se à impossibilidade de realização de projetos de vida pelo trabalhador, em função da execução de jornadas exaustivas. É um conceito fruto de construção jurisprudencial, não tendo referência legal. O dano existencial é fruto do atual modelo toyotista de produção, onde a horizontalização das etapas produtivas demanda uma polivalência do trabalhador. A tecnologia termina por subsidiar esse sistema, que impede a separação entre tempo de trabalho e tempo vital.

O que a Reforma fez foi reduzir todos os danos imateriais — moral, estético e existencial — a uma só espécie: dano extrapatrimonial, tratado no Título II da CLT. Com isso há uma tentativa do legislador reformista de evitar a cumulação de indenizações por danos de diferentes ordens.

Além de estender o dano extrapatrimonial às pessoas jurídicas — como citado anteriormente — o

legislador reformista restringiu a titularidade da ação à vítima do dano, o que vai contra a Súmula n. 392 do TST, que afirma que sucessores e dependentes do trabalhador morto em razão de acidente de trabalho podem pleitear dano moral e material em ação trabalhista.

Ademais, o art. 223-C estabeleceu um rol taxativo de bens jurídicos tutelados para fins de dano extrapatrimonial: direito à intimidade, saúde, lazer, integridade física, honra, imagem, liberdade de ação, sexualidade (orientação sexual) e autoestima. Tal taxatividade representa séria restrição à efetivação de direitos humanos.

Por fim, o texto reformista tenta relacionar o valor da indenização por dano extrapatrimonial ao último salário contratual do ofendido, no que representa uma flagrante coisificação do sujeito trabalhador.

Nesta linha, danos morais de natureza leve podem acarretar em indenização correspondente a até três vezes o valor do último salário contratual do ofendido; danos de natureza média, até cinco vezes; grave, até vinte vezes; e, gravíssima, até cinquenta vezes. Em caso de morte, essa tarifação não se aplicaria.

Relevante citar que o TST adotou a teoria da unidade, seguindo o entendimento de que apenas uma lei deve reger todo o curso do processo trabalhista. Ações ajuizadas após 11.11.2017, portanto, são regidas apenas sob a nova normativa.

Importante salientar, também, que o dano pode se dar em três momentos: na fase pré-contratual, contratual propriamente dita e pós-contratual. O fator determinante é o nexos de causalidade com uma relação de trabalho, ainda que esta tenha ficado apenas no plano das expectativas. Havendo isto, a ação é de competência da Justiça do Trabalho, pois considera-se como critério de competência material a causa de pedir e o pedido atinentes à relação de trabalho.

Finalmente, respondendo à questão inicialmente proposta, a diferença entre dano existencial e moral após a Reforma Trabalhista é inexistente. E isso porque o texto reformista unifica o tratamento legal ofertado aos diversos tipos de dano extrapatrimonial, ignorando a multiplicidade de fatores geradores ou mesmo as suas consequências à pessoa do ofendido. Tudo isto para que, em hipotética condenação, o empregador não seja onerado com indenizações de diversas ordens.

Referências

ALVES, Amauri Cesar; LEITE, Rafaela Fernandes (Org.). *Reforma trabalhista: comentários à Lei 13.467/2017*. Belo Horizonte: Conhecimento Jurídica, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2017.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

DANO EXISTENCIAL E DANO MORAL APÓS A REFORMA TRABALHISTA

Raíssa S. Vieira

Advogada em Minas Gerais. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Integrante do Grupo de Estudos de Direito do Trabalho da Universidade Federal de Ouro Preto.

A Lei n. 13.467/2017, intitulada Reforma Trabalhista, trouxe muitas mudanças a legislação celetista, e entre as grandes alterações que o texto obreiro sofreu estão a conceituação de dano moral e dano existencial.

A legislação celetista anterior a reforma não possuía capítulo reservado a tratativa da matéria pertinente ao dano moral, estando, por força do art. 8º da CLT, haja vista omissão legislativa, a disciplina alocada no Código Civil, em seus arts. 186 e 187, 986 e seguintes.

Dito isto, o texto civilista conferia força regulatória na seara trabalhista à garantia Constitucional lecionada no art. 5º, incisos III, V e X da Carta Magna, em que previsto está que ninguém será submetido à tratamento degradante ou humilhante, devendo por isso, serem os direitos de personalidade preservados, de forma que todo aquele que assim o for submetido será cabível direito de resposta e assegurado sem prejuízo a reparação do dano material ou moral. (DELGADO, 2016)

Assim, a legislação civilista exige que para que para que surja o dever de indenizar o agente concorra, por ação ou omissão, para a ocorrência de ato ilícito, e entre o referido ato e o dano causado haja nexo de causalidade. (GAGLIANO, 2014)

Ocorre, no entanto, que a “Reforma Trabalhista” ao inserir na CLT o Título II-A, a supracitada aplicação subsidiária do texto civilista deixou de existir, haja vista que foi suprida a existência da omissão quanto à matéria no corpo do texto obreiro.

Dito isto, o dano moral passou a integrar o título de ampla definição dos ditos danos extrapatrimoniais. Definidos no art. 223, entre as alíneas *a* e *g*, estão agora abarcados os danos morais, estéticos e extrapatrimoniais.

Assim sendo, as mudanças criaram o gênero dano extrapatrimonial, no qual as demais modalidades de danos supracitados são espécie, sendo assim, cumuláveis, nos termos da Súmula n. 387 do STJ. Dito isto, o dano extrapatrimonial define-se por sendo todo aquele enseja o dever de indenizar por ação ou omissão que tenha resultado danoso à pessoa física ou jurídica com repercussão nas esferas morais, estética ou existencial, dentro das relações trabalhista. (PAULA, 2018)

Já no que tange ao dano extrapatrimonial, este pode ser definido como aquele em que no âmbito da relação de trabalho o indivíduo seja violado de forma que existam frustrações a projetos de vida e às relações de vida. Entende-se, que o direito de auto realização integral e liberdade de escolha, conferem sentido à existência humana à medida que movem o indivíduo a perseguir metas e projetos de vida. (FROTA, 2010)

Uma vez que a relação laboral retira do obreiro a possibilidade de gozar das diversas searas de sua existência frustrando planos e projetos de vida, configura-se o dano existencial, o que impacta diretamente os direitos de personalidade, garantidos constitucionalmente. Cabe a ressalva que anterior a dita reforma, tal modalidade de dano não possuía amparo legal, encontrando sua fundamentação na doutrina com aplicação na jurisprudência, tudo isso com fulcro em princípios constitucionais tais como liberdade e intimidade.

Na jurisprudência pátria já ocorria mesmo antes da “concretização” legislativa o reconhecimento da configuração por dano existencial haja vista o excesso de labor em regime de sobre jornada bem como em casos de acidente de trabalho. Cabe por fim, o adendo de que para que fosse reconhecido o dano existencial para além dos critérios específicos acima expostos também deveriam estar presentes a tríade civilista de ato ilícito-nexo causal-dano.

Uma vez conceituados o dano moral e o existencial, bem como a anterior alocação no diploma legal, cabe agora especificar como restou configurado o art. 223 e alíneas da CLT.

Conforme já dito, as alíneas *a* e *b* do supracitado artigo afastam a aplicação subsidiária da legislação civilista bem como extrai-se que os elementos do dano extrapatrimonial são: a conduta, seja ela omissiva ou comissiva, o sujeito, pessoa jurídica ou física, e o objeto da ofensa, a esfera moral ou existencial do indivíduo. Cabendo aqui a discussão quanto ao direito dos sucessores quanto à titularidade, haja vista que o artigo diz de titularidade exclusiva do ofendido.

Há ainda que se dizer que o referido artigo as alíneas *c* e *d* traz um rol exemplificativo quanto aos sujei-

tos de direito e quais direitos são tutelados no presente título, cabendo aqui a ressalva quanto à inovação no que tange à ofensas morais à pessoas jurídicas. Dentre eles para pessoa física tem-se, em consonância com o texto constitucional, a intimidade, imagem, honra, autoestima, liberdade, saúde entre outros. Já no que tange à pessoa física, tem-se imagem, marca, nome, sigilo de correspondência, segredo empresarial.

No que tange à alínea *e*, essa define a responsabilização dos que tenham colaborado para a ofensa ao ato jurídico tutelado, tentando o referido artigo conferir, erroneamente, diretriz hermenêutica quando leciona “na proporção”, inferindo que seria necessária a comprovação de ato culposo ou doloso.

Já a alínea *f*, diz da possibilidade de cumulação dos danos materiais e extrapatrimoniais, não trazendo neste sentido grande inovação para além da obrigatoriedade da discriminação das verbas, haja vista a jurisprudência majoritária do TST. Cabe ainda a ressalva, de que não há prejuízo na avaliação no que tange aos lucros cessantes e danos emergentes. Deve-se dizer que a presente alínea está em consonância com as Súmulas ns. 37 e 387, ambas do STJ.

Por fim, a alínea *f* diz dos critérios de fixação do valor da indenização, elencando os critérios a serem considerados pelo magistrado, bem como estabelecendo um sistema tarifário para definir o valor da indenização, criando “tetos” de acordo com a “gravidade” da lesão, bem como majorando a indenização de acordo

com a reincidência. Cabe dizer que a referida alínea foi alvo de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), de número 6050, pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (Anamatra) ajuizada no Supremo Tribunal Federal (STF). (PAULA, 2018)

Por todo o exposto, cumpre-se dizer que o presente artigo trouxe a definição, anteriormente apartada, dos conceitos e fundamentação de dano moral e dano estético, bem como a nova configuração, crítica de como estes atualmente estão alocados no ordenamento jurídico pátrio em um contexto pós Lei n. 13.467/2017.

Referências

- ALVES, Amauri Cesar; LEITE, Rafaela Fernandes. *Reforma Trabalhista*. Belo Horizonte: Conhecimento Jurídica, 2018.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2016.
- FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. *Revista Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, v. 24, 2010. p. 277.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil*. v. 3. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- PAULA, Gáudio Ribeiro de. *Lei n. 13.467/2017: uma análise didática da reforma trabalhista*. São Paulo: LTr, 2018.

POSSÍVEIS IMPACTOS DA “REFORMA TRABALHISTA” NA SAÚDE DAS TRABALHADORAS GESTANTES E LACTANTES QUE LABORAM NAS EMPRESAS DE EXTRAÇÃO DE MINÉRIO DE FERRO

Michelle Cristina Farias

Advogada. Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito (“Novos Direitos, Novos Sujeitos”) da Universidade Federal de Ouro Preto. Integrante do Grupo de Estudos de Direito do Trabalho da Universidade Federal de Ouro Preto.

As questões de trabalho e saúde estão vinculadas e integradas às atividades humanas. Considerando a importância da saúde das/os trabalhadoras/es do setor de extração de minério de ferro, este texto busca demonstrar como a alteração do art. 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) (BRASIL, 1943), com a promulgação da Lei n. 13.467/2017 — Lei da “Reforma da Trabalhista” (BRASIL, 2017) —, pode afetar a saúde das mulheres gestantes e lactantes que laboram nas indústrias de extração de minério de ferro (mineração), bem como de seus nascituros ou lactentes.

Este estudo não tratará das mulheres que laboram em minas subterrâneas. Por conta do índice al-

tamente nocivo dos silicatos neste local, as trabalhadoras já percebem insalubridade em grau máximo, conforme dispõe a Norma Regulamentadora n. 15 (BRASIL, 1978).

No presente texto, abordaremos as gestantes e/ou lactantes que laboram nas empresas de extração de minério de ferro e exercem atividades, por exemplo, nas portarias das minas (porteiras) e na frente de lavra (operando maquinário). Buscaremos demonstrar como a alteração do art. 394-A da CLT (BRASIL, 1943) desconsiderou a situação dessas trabalhadoras, dos nascituros e lactentes expondo-os a impactos prejudiciais à saúde.

A extração de minério de ferro é uma atividade que, por suas próprias características, expõe seus trabalhadores/as a diversos impactos. Um dos impactos gerados pela extração de minério de ferro diz respeito à saúde dos/as trabalhadores/as e à degradação da qualidade de vida daqueles/as que laboram nestes locais e que, mesmo não exercendo trabalhos dentro das minas (subsolo), se veem obrigados a conviver com as partículas de poeira mineral de forma cotidiana.

O trabalho de portaria, em suma, caracteriza-se em controlar o fluxo de pessoas e veículos identificando-os e encaminhando-os aos locais desejados (MINISTÉRIO DO TRABALHO, 2017a). Já o trabalho de operação de máquinas consiste na operação de equipamentos de escavação e carregamento de minérios e de transporte de cargas (MINISTÉRIO DO TRABALHO, 2017b).

No caso do setor de extração de minério de ferro, esses/as trabalhadores/as convivem cotidianamente com os caminhões que levam o minério de ferro das empresas para outras localidades e que passam, obviamente, pela portaria. Eles/as convivem, também, com os/as trabalhadores/as que laboram diretamente nas minas e que, por força do trabalho no subsolo, saem com os uniformes e equipamentos cheios de poeira; com o minério “suspenso” pela ação das máquinas de escavação e de carregamento, o que os/as expõe ao contato cotidiano com as partículas de poeira do minério de ferro que são levados pelo ar.

A Lei n. 13.287/2016, que alterou o art. 394-A da CLT (BRASIL, 1943), enunciava que a empregada gestante ou lactante seria afastada enquanto durasse “[...] a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre”. (BRASIL, 2016). A referida lei incluiu, no rol das normas de proteção ao trabalho da mulher, a gestação e a lactação, demonstrando a preocupação do legislador, à época, em proteger a saúde da trabalhadora gestante ou lactante, bem como a do nascituro ou lactente.

Após a promulgação da referida lei, de acordo com Alves, Bastos e Carneiro (2018), os empregadores acharam-se “[...] excessivamente onerados com a regra legal que determina o afastamento das gestantes e lactantes dos locais insalubres” (ALVES; BASTOS; CARNEIRO, 2018, p. 90). Assim, os empregadores passaram a encapar a “necessidade” de alterações ao art. 394-A da CLT, que foram trazidas, no ano seguinte, pela Lei n. 13.467/2017 (BRASIL, 2017).

Com o nítido propósito de impedir o afastamento compulsório das gestantes, o legislador ordinário, na nova redação do art. 394-A da CLT, determinou, no inciso I desse artigo, que apenas as gestantes que exerçam atividades em grau máximo de insalubridade devem ser automaticamente afastadas, criando um regramento absolutamente incompatível com certos tipos de atividades e extremamente lesivo à saúde das trabalhadoras e de seus nascituros ou lactentes (BRASIL, 2017).

Em relação às gestantes, o inciso II do art. 394-A, estabelece que aquelas que exercerem atividades insalubres, em grau médio ou mínimo, somente serão afastadas se apresentarem atestado de saúde emitido por

médico de sua confiança recomendando o afastamento (BRASIL, 2017).

Quanto às lactantes, o inciso III do mesmo artigo, determina que elas podem exercer atividades insalubres em qualquer grau, sendo o seu afastamento também condicionado à apresentação de atestado de saúde emitido por médico de sua confiança que o recomende (BRASIL, 2017).

Ao promover a alteração do art. 394-A da CLT, o legislador ordinário, nos incisos II e III, transferiu para a trabalhadora gestante ou lactante o ônus de comprovar que a atividade insalubre desempenhada por ela pode causar impactos à sua saúde, bem como à do nascituro ou do lactente. Esses incisos aduzem que a trabalhadora deverá, por conta própria, providenciar e apresentar à empresa um atestado de saúde fornecido por médico de sua confiança (BRASIL, 2017).

O legislador ordinário não se atentou que, em regra, o médico de confiança da mulher não é médico do trabalho e que, por óbvio, pode não ter conhecimento técnico específico sobre saúde no trabalho — por exemplo, no setor de extração de minério de ferro — que lhe permita realizar tal análise.

Além disso, o legislador ordinário também desconsiderou que muitas trabalhadoras desse setor fazem o acompanhamento gestacional por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), sendo pouco provável que médico da rede pública de saúde vá até o local de trabalho de suas pacientes ou que analise seus documentos. O setor de extração de minério de ferro, em regra, situa-se em locais de difícil acesso, e as trabalhadoras gestantes ou lactantes empregadas desse ramo, em sua maioria, realizam acompanhamento gestacional em postos de saúde próximos de suas residências.

E como fica a saúde das gestantes ou lactantes que laboram nas empresas de extração de minério de ferro após a alteração do art. 394-A da CLT? E a saúde dos nascituros ou lactentes, expostos à poeira e a agentes insalubres acima dos limites de tolerância para um ser humano em desenvolvimento?

O estado gestacional ou lactante — ou de nascituro ou lactente — pode ser afetado não só pela atividade de extração ou beneficiamento do minério de ferro, mas também pelas partículas das poeiras minerais, como por exemplo, a sílica, que se desprendem dos caminhões que passam pelas portarias das empresas cotidianamente; e pela ação das máquinas de escavação e de carregamento que “suspendem” o minério, fazendo-o e chegar até as trabalhadoras e/ou a seus filhos, levados, principalmente, pelo ar.

Os nascituros ou lactentes, podem vir a ser acometidos por doenças de audição, ocasionadas pelos ruídos excessivos das máquinas de escavação e carregamento, e dos caminhões que passam pelas portarias (agentes físicos); por doenças relacionadas ao contato com a sílica, que está presente na extração de minérios, tanto no subsolo, como a céu aberto (agentes químicos); por doenças causadas por microrganismos, vírus e bactérias provenientes da extração de minério de ferro (agentes biológicos), dentre outros.

O legislador ordinário, ao transferir para as trabalhadoras gestantes e lactantes a obrigação de provar

a necessidade de seu afastamento por meio de atestado médico, além de colocá-las em situação de total desproteção, não considerou as suas vulnerabilidades, tampouco as de seus nascituros ou lactentes, o que reduziu, consideravelmente, a efetividade dos direitos fundamentais envolvidos, tais como direito à vida, à saúde, à maternidade, à infância e ao meio ambiente de trabalho digno e salubre (BRASIL, 1988).

Além disso, as gestantes ou lactantes que laboram nas portarias e na operação de máquinas do setor de extração de minério de ferro, diante da possibilidade da perda de remuneração, com nascituros ou lactentes que necessitam não somente de cuidados, mas também de recursos para prover-lhes o sustento, poderão deixar de procurar por médicos que atestem sua condição, para continuar laborando em condições insalubres, comprometendo não apenas a sua saúde, mas, também, a do nascituro ou lactente.

Infere-se que a nova redação do art. 394-A da CLT (BRASIL, 1943) incentiva a exposição das gestantes e das lactantes que laboram nas empresas de extração de minério de ferro a agentes insalubres. O trabalho nesses locais, independentemente do grau de insalubridade, reduz o nível de proteção a elas e aos nascituros e lactentes, podendo constituir-se como fonte de risco à saúde, de adoecimento, e promovendo flagrante retrocesso social.

Ademais, as medidas contidas no art. 394-A revogaram o caráter protecionista da CLT (BRASIL, 1943) no que concerne à saúde das trabalhadoras gestantes, lactantes e de seus nascituros ou lactentes, direcionando-as para o labor em condições prejudiciais à sua saúde e a seu estado gravídico ou lactante, o que demonstra total desrespeito ao art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que consagra a saúde como um direito fundamental (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, recentemente o Supremo Tribunal Federal (STF) concedeu medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.938-2018/DF para suspender a eficácia 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 CLT. Contudo, a medida cautelar ainda é passível de avaliação pelo Pleno.

É possível concluir que a nova redação do art. 394-A da CLT, trazida pela Lei n. 13.467/2017 pode impactar diretamente na saúde da trabalhadora gestante ou lactante, bem como ao nascituro ou lactente, pois, ao invés de reduzir os riscos à saúde desse grupo vulnerável, potencializa-os, atribuindo o ônus e a responsabilização de trabalhar em local insalubre integralmente às empregadas.

Visando ao reestabelecimento do respeito à saúde das gestantes e lactantes que trabalham no setor de extração de minério de ferro, bem como dos nascituros ou lactentes, o ideal é que haja alteração benéfica da redação do art. 394-A da Lei n. 13.467/2017 (BRASIL, 2017), tendo em vista que ele está em desacordo com as regras e interpretação conforme os preceitos da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), e tende a acentuar os riscos à saúde das gestantes e/ou lactantes e, também, de seus filhos.

Referências

- ALVES, Amauri Cesar; BASTOS, Angélica Júlia Araújo; CARNEIRO, Jacksely. Trabalho da gestante em ambiente insalubre. In: ALVES, Amauri Cesar; LEITE, Rafaela Fernandes (Org.). *Reforma Trabalhista: comentários à Lei 13.467/2017*. 1. ed. Belo Horizonte: Conhecimento Jurídica, 2017, v. 1, p. 90-92.
- BRASIL. Portaria n. 3214 de 8 de junho de 1978. Aprova as Normas Regulamentadoras do Ministério de Estado do Trabalho, no uso de suas atribuições legais, considerando o disposto no art. 200, da Consolidação das Leis do Trabalho, com redação dada pela Lei n. 6.514, de 22 de dezembro de 1977. Brasília, 1978. 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: 15 abr. 2019.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.
- BRASIL. Lei n. 13.287 de 11 de maio de 2016. Acrescenta dispositivo à Consolidação das Leis do Trabalho — CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, para proibir o trabalho da gestante ou lactante em atividades, operações ou locais insalubres. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 mai. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13287.htm>. Acesso em: 15 abr. 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 ns. 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, 14 jul. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.
- MINISTÉRIO DO TRABALHO. Classificação Brasileira de Ocupações — CBO: Porteiro industrial. Brasília: Ministério do Trabalho, 2017. Disponível em: <<http://www.mteco.gov.br/cbsite/pages/pesquisas/BuscaPorTitulo.jsf>>. Acesso em: 20 abr. 2019.
- MINISTÉRIO DO TRABALHO. Classificação Brasileira de Ocupações — CBO: Trabalhadores de extração de minerais sólidos (operadores de máquinas) Brasília: Ministério do Trabalho, 2017. Disponível em: <<http://www.mteco.gov.br/cbsite/pages/pesquisas/BuscaPorTituloResultado.jsf>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

A REFORMA TRABALHISTA TROUXE IMPACTOS À SAÚDE DO TRABALHADOR?

Maria Gilda de Freitas Araújo

Analista Judiciária (TRT — 6ª Região); Professora da UPE.

Sobre a resposta ao tema posto acima, somos pela afirmativa, o que será maturado ao longo do texto.

Ressaltamos, por oportuno, que nossa análise elegerá um certo segmento de trabalhadores, os professores, notadamente os do ensino básico, eis que contra estes estão sendo perpetrados golpes advindos dos vários flancos, tanto da Lei n. 13.467/2017, que alterou a CLT; quanto da Lei n. 13.415/2017, que alterou a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei n. 9.394/96, além de outros diplomas legais.

Na origem dos aludidos golpes, estão as condições que envolvem o sistema educacional brasileiro, caracterizado por uma dualidade estrutural, isto é, pela formação propedêutica e pela formação técnico-profissionalizante, sendo que a primeira remonta aos primórdios da colonização, mantendo-se hegemônica ao longo dos séculos, e em sua modalidade ensino médio, não é terminativa, demandando uma complementação que é dada pelo ensino superior; a segunda, embora terminativa, eis que confere aptidão para o ingresso no mercado de trabalho, sua criação que remonta ao séc. XIX, reproduziu um contexto em que o trabalho manual era reservado para os estratos inferiores da sociedade. O próprio Getúlio Vargas, a quem se atribui a iniciativa de incrementar o processo de industrialização entre nós, fez inserir no art. 129 da Constituição Federal de 1937, o seguinte: “o ensino pré-vocacional e profissional destinado às classes menos favorecidas é, em matéria de educação, o primeiro dever do Estado”.

Seguindo esses parâmetros, estruturou-se o sistema educacional no Brasil, gerando uma massa de trabalhadores/docentes, os quais encontrariam nas centenas e centenas de licenciaturas do país, a habilitação para o exercício da docência, ora vinculados à iniciativa privada, ora à administração pública.

A primeira hipótese foi regulamentada no art. 317 da CLT, segundo o qual “o exercício remunerado do magistério, em estabelecimentos particulares de ensino, exigirá apenas habilitação legal e registro no Ministério da Educação”.

A segunda hipótese, após superadas as turbulências das nomeações grandemente pautadas nos laços de amizade, encontrou na CF/1988, art. 37, II, e § 2º, a via do concurso público, como único caminho a garantir efetividade ao cargo de docente.

Lembre-mos que na década de 1970, o governo militar de então criou a Lei n. 5.692/71, revogada em 1982, por meio da qual decidiu reformular a educação em sua modalidade ensino médio, na época chamado 2º grau, obrigando-o a ser profissionalizante, sob o argumento de que o Brasil precisava despojar-se do en-

sino academizante e verbalístico, orientação que não correspondia às expectativas do discurso desenvolvimentista, mais conhecido como “milagre econômico”. Essas medidas afetaram os professores da área de ciências humanas, ante a supressão das disciplinas história e geografia, por ex., uma vez que as matrizes curriculares dariam prioridade às disciplinas técnicas.

A relativa tranquilidade do sistema educacional que foi alcançada no final dos anos oitenta do séc. XX vem sendo quebrada, de modo a desestruturar a grande maioria dos docentes, em razão das medidas tomadas desde o Governo Temer, parte das quais encontra-se inserida na Lei n. 13.415/2017, que resgatou o propósito de dar prevalência ao ensino profissionalizante, submetendo a segundo plano a formação geral do adolescente; ao mesmo tempo retirou a obrigatoriedade das disciplinas de história e geografia, a exemplo do que ocorreu com a reforma de 1971, e, também, instituiu o chamado “notório saber” como requisito para a docência das disciplinas técnicas, além de outras medidas.

A Lei n. 13.467/2017, por outro lado, alterou muitos dos dispositivos celetistas, impactando de igual modo a vida do professor. Como exemplos temos o trabalho intermitente, previsto no art. 443, § 3º, da CLT, segundo o qual “Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos e prestação e de inatividade...”; há, também, a criação de banco de horas, podendo ser pactuada por acordo individual, sem interferência, portanto, do sindicato, segundo o art. 59, § 2º da CLT; para o art. 318 da CLT, foi criada nova redação, desta feita o professor pode ser levado a lecionar oito horas por dia em um mesmo estabelecimento, quando a redação revogada só admitia 4 horas sucessivas ou 6 horas intercaladas, em um mesmo estabelecimento; a terceirização é outro exemplo e, embora sua existência seja anterior ao conjunto das reformas trabalhistas de 2017, pela Súmula n. 331 do TST, sua aplicação alcançava apenas as atividades-meio. O STF entendeu que a Lei n. 13.429/2017 poderá ser aplicada em qualquer situação, o que inclui as atividades-meio e as atividades-fim de qualquer empresa.

A docência terceirizada não tem o que comemorar, a dissociação entre o professor e o tomador do serviço tende a vulnerar bastante o trabalhador, pois a relação empregatícia que se estabelece será entre ele, o professor, e o fornecedor da mão de obra, dificultando inclusive a negociação coletiva. Se para o celetista a situação é tal qual apresentada, para o servidor público, não é tão diferente. É verdade que o professor/servidor estaria albergado no art. 37, II, da CF/1988, que obriga a realização de concurso para a ocupação de cargo pú-

blico, e, ainda, confere estabilidade após a aprovação no estágio probatório. No entanto, o Decreto n. 9.507/2018 admite a contratação na administração pública, embora não seja claro com respeito à docência. Deve ser lembrado, por fim, o fato de que a Comissão de Constituição e Justiça do Senado aprovou recentemente a demissão para o servidor estável.

Diante de tantos reveses, que estímulo tem o professor para investir em capacitação e conferir maior

qualidade ao seu labor? É inequívoco que os golpes perpetrados na pessoa do docente configuram o chamado dano existencial, “espécie de dano imaterial ou não material que acarreta à vítima, de modo parcial ou total, a impossibilidade de executar, dar prosseguimento ou reconstruir o seu projeto de vida...”⁽¹⁾

(1) NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Dano existencial nas relações de trabalho. *Revista LTr*. v. 78, n. 08, p. 967, São Paulo, 2014.

A RECENTE DECISÃO NA ADI N. 5.938, QUE SUSPENDEU A EFICÁCIA DO ART. 394-A DA CLT, E O MERCADO PREDATÓRIO: ATÉ ONDE IREMOS?

Igor de Oliveira Zwicker

Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará (PA), aprovado em 1º lugar geral; Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (PA), aprovado em 1º lugar geral; Especialista em Economia do Trabalho e Sindicalismo pela Universidade Estadual de Campinas (SP); Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes (RJ); Bacharel em Direito e Especialista em Gestão de Serviços Públicos pela Universidade da Amazônia (PA); Analista Judiciário (Área Judiciária) e Assessor Jurídico-Administrativo do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região (PA/AP); Professor de Direito; Autor do livro “Súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos do TST” (São Paulo: LTr, 2015); tem, até 29.3.2019, oitenta e quatro (84) artigos jurídicos publicados, além de dezenas sobre Língua Portuguesa.

A Lei n. 13.287/2016 acrescentou o art. 394-A à CLT, outrora inexistente, dispondo que a empregada gestante ou lactante *será* afastada (verbo no imperativo, poder/dever), enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer as atividades em local salubre.

Entretanto, a “Reforma Trabalhista” (Lei n. 13.467/2017) subverteu a lógica ao modificar a redação da norma-regra para *admitir* o trabalho da gestante em atividades, operações ou locais insalubres em grau médio ou mínimo e da lactante em todos os graus.

Em decisão datada de 30.4.2019, em sede cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.938, o Ministro Alexandre de Moraes, Relator, decidiu, *ad referendum* do Plenário do STF, suspender a eficácia 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 CLT; em termos práticos, retornou-se à *mens* da Lei n. 13.287/2016.

Segundo o Ministro Alexandre de Moraes, o atual Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, fundamento do Estado democrático, não admite a possibilidade de não

afastamento da mulher gestante ou lactante em caso de exposição a meio ambiente do trabalho considerado insalubre, em razão da tutela de direitos não só da empregada gestante e lactante como do nascituro e do recém-nascido lactente, restando vedada qualquer exposição a risco ou gravame à saúde e bem-estar da mãe e/ou do filho.

Acrescente-se que, em controle de convencionalidade, a norma viola o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de natureza supralegal⁽¹⁾, consoante Decreto n. 591/1992, que fez exsurgir para o Estado brasileiro, com sua ratificação, o compromisso de adotar medidas legislativas que elevem o patamar civilizatório mínimo.

Digno de nota, porém, foi o argumento da Presidência da República e da Advocacia-Geral da União, na defesa da constitucionalidade da norma impugnada. Segundo os órgãos citados, a norma evitaria a descri-

(1) Julgamento conjunto: RE 349703/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, Rel. p./Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 3.12.2008, p. 5.6.2009; RE 466343/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 3.12.2008, p. 5.6.2009 (repercussão geral — mérito); HC 87585/TO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 3.12.2008, p. 26.6.2009; e HC 92566/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 3.12.2008, p. 5.6.2009.

minação de mulheres no momento da contratação e, ainda, seria mais vantajosa financeiramente à mulher.

Cada linha argumentativa merecerá uma tese. Nesta, trabalharemos a primeira afirmação: é argumento válido sustentar a não proteção do trabalhador em troca da sua mera inserção no mercado de trabalho?

A fundamentação é antiga. Lembre-se de quando o STF se debruçou na constitucionalidade do art. 384 da CLT, que dava à mulher o direito de gozar de quinze minutos entre o fim da jornada ordinária e o início da jornada extraordinária, julgando-o constitucional (o artigo foi revogado pela “Reforma Trabalhista”, simplesmente).

Naquela sessão⁽²⁾, o Ministro Marco Aurélio afirmou que o art. 384 da CLT geraria “algo que a Carta afasta”: a discriminação no mercado de trabalho. Por trazer maior “benefício” à mulher, desestimularia as empresas de as contratarem. E acrescentou: “o mercado é impiedoso”. O Ministro Luiz Fux, ao “corrigir” a Ministra Rosa Weber, a qual dizia que não admitir uma mulher porque, em sendo mulher, teria os quinze minutos de intervalo afrontaria um direito fundamental. Segundo o Ministro, isso ocorreria “veladamente”, a deslegitimar a norma-regra.

Disse o Ministro Marco Aurélio (textuais): “Posso proclamar, em sã consciência, que a norma do art. 384 da [CLT] é protetiva? Penso que não, Presidente. Essa norma sugere, num mercado impiedoso, num livre mercado, a colocação da mão de obra feminina em segundo plano, sugere a preterição, (...)”.

O discurso é respaldado por outras sólidas instituições. Segundo o Presidente Jair Bolsonaro, “o trabalhador um dia vai ter que decidir: menos direito e emprego ou todos os direitos e desemprego”⁽³⁾. Nosso Parlamento, ao forjar a Lei n. 12.740/2012, revogou expressamente a Lei n. 7.369/1985 para “igualar” a base de cálculo do adicional de periculosidade do eletricitário, antes calculado sobre a totalidade de vencimentos e agora sobre o salário básico, a fim de extirpar uma “vantagem indevida de uma classe sobre as outras”. Em vez de elevar o patamar civilizatório das demais categorias, retrocedeu com relação aos eletricitários e retirou-lhes melhoria da condição social já conquistada, afrontando o art. 7º, *caput*, da Constituição da República e descumprindo o compromisso assumido com a ratificação do PIDESC, de adotar medidas legislativas que elevem o patamar civilizatório mínimo.

Essa é a lógica do *mercado predatório*.

As Revoluções Industriais, que trouxeram a revolução das máquinas (vapor, eletricidade e motor e automação), geraram uma infinidade de desempregos, cuja “solução” encontrada, à época, foi justamente a da *precarização*:

“A partir da Revolução Industrial e da constante modificação dos padrões de produção até então conhecidos por força da introdução da máquina a vapor, homens, mulheres e crianças passaram a ser expostos

a doenças ocupacionais e acidentes do trabalho de variadas proporções, provocando o afastamento do trabalhador de suas atividades, bem como acarretando mutilações e mortes, ressaltando-se como fatores motivadores as jornadas excessivas de trabalho e a ausência de condições mínimas de segurança, adequadas à execução de qualquer trabalho.” (FREDIANI, 2016, p. 153)

Por essa razão, o direito do trabalho brasileiro construiu seu núcleo duro em torno dos princípios da *imperatividade das normas trabalhistas*, pelo qual “prevalece [...] o domínio de regras jurídicas obrigatórias, em detrimento de regras apenas dispositivas”, e da *indisponibilidade dos direitos trabalhistas*, que “traduz a inviabilidade técnico-jurídica de poder o empregado despojar-se, por sua simples manifestação de vontade, das vantagens e proteções que lhe asseguram a ordem jurídica e o contrato” (DELGADO, 2019, p. 236-237).

O direito do trabalho é protetivo em razão da hipossuficiência do empregado, cujo contrato de trabalho tem como objeto seu meio de existência digna (salário), em face do empregador, que possui para si o poder empregatício, o que fundamenta, inclusive, a legitimação da intervenção estatal (onde se inclui o Estado-Juiz, na forma do art. 5º, XXXV, da Constituição) na autonomia da vontade. Neste sentido, “os contratos que versem sobre a aquisição ou a utilização de bens que, considerando sua destinação, são tidos como essenciais estão sujeitos a um regime tutelar, justificado pela necessidade de proteção” (NEGREIROS, 2006, p. 463).

A indisponibilidade não se limita a direitos meramente patrimoniais e se estende a direitos de cunho existencial ou moral. Registre-se o caso do “arremesso dos anões”, na França, em 1992, onde pessoas humanas na condição de nanismo, pela dificuldade de inserção no mercado, sujeitavam-se a serem arremessadas para entreter a população. Nesse caso, a ONU ratificou decisão francesa (contrariando vontade dos sujeitos anões) de impossibilidade da prática, “uma vez que os direitos humanos são irrenunciáveis” (SILVA; GOMES, 2019, p. 99).

Agiu acertadamente a Ministra Rosa Weber, no julgamento da constitucionalidade do art. 384 da CLT pelo STF, quando lembrou que o TST consolidou a Súmula n. 443, que presume discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito, “quando a AIDS estava realmente levando inúmeros trabalhadores a serem despedidos, mesmo que por meras suspeitas”.

Precisamos caminhar para frente, evoluir, avançar, aperfeiçoar nossa legislação, respeitar nossa Constituição, cumprir os tratados internacionais de direitos humanos ratificados, elevar o patamar civilizatório, dar condições humanas de subsistência a todas as pessoas, rumo à construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Que isso não seja relegado à utopia. Que a Constituição não se torne letra morta ou um documento meramente figurativo. *Trabalho não é mercadoria* e a ordem econômica tem por fim assegurar a todos uma *existência digna!*

Referências

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*: obra revista e atualizada conforme a lei da

(2) RE 658312/SC, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Ministro Dias Toffoli, Julgamento: 27.11.2014, repercussão geral — mérito, DJe divul. 9.2.2015 e public. 10.2.2015.

(3) Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=qm7AzsExDM>>. Acesso em: 4 maio 2019.

reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

FREDIANI, Yone. A Convenção n. 155 da Organização Internacional do Trabalho: segurança e saúde dos trabalhadores e responsabilidade do empregador. In: FRANCO FILHO, Georgeton de Sousa; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Orgs.). *Direito internacional do trabalho: o estado da arte sobre a aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil*. São Paulo: LTr, 2016. p. 153-155.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, Francisco José Gomes da; GOMES, Marília Stuard Mendonça. A saúde e a segurança do trabalhador — direitos fundamentais — cotejo da aplicação no Brasil e Espanha. In: BARRETO, Daniel Arêa Leão; RAMOS, Rafael Teixeira; OLIVEIRA, Vanessa Batista (Coords.). *Direito e processo do trabalho: temas de acordo com a reforma trabalhista*. São Paulo: LTr, 2019. p. 93-105.

A RECENTE DECISÃO NA ADI N. 5.938, QUE SUSPENDEU A EFICÁCIA DO ART. 394-A DA CLT, E A PROBLEMÁTICA EM TORNO DA MONETIZAÇÃO DA SAÚDE DOS TRABALHADORES ENCAMPADA PELA “REFORMA TRABALHISTA”

Igor de Oliveira Zwicker

Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará (PA), aprovado em 1º lugar geral; Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (PA), aprovado em 1º lugar geral; Especialista em Economia do Trabalho e Sindicalismo pela Universidade Estadual de Campinas (SP); Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes (RJ); Bacharel em Direito e Especialista em Gestão de Serviços Públicos pela Universidade da Amazônia (PA); Analista Judiciário (Área Judiciária) e Assessor Jurídico-Administrativo do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região (PA/AP); Professor de Direito; Autor do livro “Súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos do TST” (São Paulo: LTr, 2015); tem, até 29.3.2019, oitenta e quatro (84) artigos jurídicos publicados, além de dezenas sobre Língua Portuguesa.

A Lei n. 13.287/2016 acrescentou o art. 394-A à CLT, outrora inexistente, dispondo que a empregada gestante ou lactante *será* afastada (verbo no imperativo, poder/dever), enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer as atividades em local salubre. Na ementa, registrou a *mens legislatoris* de “proibir o trabalho da gestante ou lactante em atividades, operações ou locais insalubres”.

Entretanto, a “Reforma Trabalhista”, consoante Lei n. 13.467/2017, “a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho”, subverteu a lógica ao modificar a redação da norma-regra que, agora, dispõe que, sem prejuízo da remuneração, incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada gestante deverá ser afastada, peremptoriamente, tão somente no caso de exercer atividade insalubre classificada em grau máximo e apenas enquanto durar a gestação; no caso de atividades insalubres classificadas em grau médio ou mínimo, o afastamento ocorrerá somente quando a empregada apresentar competente atestado de saúde, “emitido por médico de confiança”, que *recomende* o afastamento durante a gestação.

No caso da empregada lactante, a situação ficou ainda mais agravada, pois deverá ocorrer o trabalho efetivo da empregada em qualquer hipótese — ainda que se trate de atividade insalubre classificada em grau máximo —, exceto quando a empregada apresentar competente atestado de saúde, “emitido por médico de confiança”, que *recomende* o afastamento durante a lactação.

Em decisão datada de 30.4.2019, em sede cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.938, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos, o Ministro Alexandre de Moraes, Relator, decidiu, *ad referendum* do Plenário do STF, suspender a eficácia 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 CLT; em termos práticos, retornou-se à *mens* da Lei n. 13.287/2016.

Segundo o Ministro Alexandre de Moraes, o atual Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, fundamento do Estado democrático, não admite a possibilidade de não

afastamento da mulher gestante ou lactante em caso de exposição a meio ambiente do trabalho considerado insalubre, em razão da tutela de direitos não só da empregada gestante e lactante como do nascituro e do recém-nascido lactante, restando vedada qualquer exposição a risco ou gravame à saúde e bem-estar da mãe e/ou do filho.

Acrescento — em sede de controle de convencionalidade — que a norma também viola o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Decreto n. 591/1992), que ostenta posição hierárquico-normativa de supralegalidade⁽¹⁾ e fez exsurgir para o Estado brasileiro, com sua ratificação, o compromisso de adotar medidas legislativas que elevem o patamar civilizatório mínimo — no caso concreto, ocorreu, flagrantemente, o oposto.

Digno de nota, porém, foi o argumento da Presidência da República e da Advocacia-Geral da União, na defesa da constitucionalidade da norma impugnada. Segundo os órgãos citados, a norma evitaria a discriminação de mulheres no momento da contratação e, ainda, seria mais vantajosa financeiramente à mulher.

Cada linha argumentativa merecerá uma tese. Nesta, trabalharemos a última delas, sobre a “vantajosidade” do adicional de insalubridade (teoria da monetização da saúde dos trabalhadores).

Há uma corrente doutrinária substanciosa no sentido de que a Constituição, ao prever como um direito fundamental dos trabalhadores o adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei, consoante art. 7º, XXIII, “autorizou” a exposição a tais agentes mediante simples compensação pelo pagamento do adicional (o que se chama de “monetização” da saúde).

A defesa da tese da monetização não é apenas doutrinária, sendo defendida igualmente em sede judicial. Segundo o STJ, por exemplo⁽²⁾, “o legislador brasileiro optou por aumentar a remuneração para compensar o maior desgaste do trabalhador (teoria da monetização da saúde do trabalhador)” (o trecho que trago entre aspas é transcrição *ipsis litteris*, inclusive com relação à referência à “teoria”). Na mesma linha decidiu o próprio TST, exemplificadamente⁽³⁾:

“Críticas à parte, o pagamento de adicionais “compensatórios” de labor em condições adversas à saúde e à segurança do empregado constitui mecanismo inerente ao processo produtivo próprio das sociedades capitalistas e, no caso do Brasil, legitimamente reconhecido na Constituição Federal.”

Equívocam-se. A ideia de que o ordenamento jusconstitucional brasileiro abraçou a teoria da monetização da saúde do trabalhador é uma falácia.

(1) Julgamento conjunto: RE 349703/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, Rel. p/Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 3.12.2008, p. 5.6.2009; RE 466343/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 3.12.2008, p. 5.6.2009 (repercussão geral — mérito); HC 87585/TO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 3.12.2008, p. 26.6.2009; e HC 92566/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 3.12.2008, p. 5.6.2009.

(2) REsp n. 1.400.637/RS, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator: Ministro Humberto Martins, Data do Julgamento: 17.11.2015, Data da Publicação/Fonte: DJe 24.11.2015.

(3) TST-ARR-20872-43.2014.5.04.0023, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 8.2.2017, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17.2.2017.

A tese já deveria, *ab initio*, causar estranheza, pois supor ser possível a deterioração da saúde do trabalhador em troca de dinheiro, a tarifação da saúde, a permissão do seu desgaste em troca de um valor pecuniário, é desconsiderar a própria Declaração da Filadélfia, pela Organização Internacional do Trabalho, na qual se proclamou que *trabalho não é mercadoria*.

Outrossim, a par do inciso XXIII, o mesmo art. 7º da Constituição, no inciso XXII, prevê como direito mínimo, pético e de aplicação imediata (arts. 5º, § 1º, e 60, § 4º, IV, da Constituição), a *redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança*, consagra o princípio do risco mínimo regressivo e, corolário a este, o princípio da retenção do risco na fonte. Pelo primeiro, temos que “a exposição [a] agentes nocivos deverá ser a mínima possível e, mesmo assim, com o passar do tempo deverá reduzir progressivamente em direção ao risco zero”; o segundo “indica que o risco deve ser controlado desde a sua origem, evitando que o agente nocivo possa propagar a ponto de atingir a integridade do trabalhador” (OLIVEIRA, 2017, p. 95).

A Convenção n. 155 da OIT, de natureza supralegal⁽⁴⁾, trata da “segurança e saúde dos trabalhadores e do meio ambiente de trabalho”. Segundo arts. 4º, § 2º, e 8º, o Estado brasileiro se comprometeu a fazer garantir a redução ao mínimo, na medida que for razoável e possível, das causas dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho.

Segundo a CLT, a primeira obrigação empresarial, dentro da matéria higiene, saúde, segurança e medicina do trabalho, é “cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho” (art. 157, I). O art. 191, ao tratar da eliminação ou a neutralização da insalubridade, impõe como medida *prioritária e primeira* a adoção de medidas que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância e, *somente em caso de impossibilidade técnico-científica, de forma subsidiária*, fornecer equipamentos de proteção individual aos trabalhadores, que diminuam a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância (nesse sentido, ainda, milita a Súmula n. 289 do TST).

Os adicionais devidos aos empregados, em razão da exposição a agentes insalubres, perigosos ou penosos, são circunstanciais, na medida em que o art. 194 da CLT prevê que o direito do empregado ao adicional de insalubridade ou de periculosidade cessará com a eliminação do risco à sua saúde ou integridade física. Trata-se de um salário-condição, de natureza condicionada, e “seu pagamento vincula-se à manutenção das condições insalubres, perigosas ou penosas, não constituindo direito de integração definitiva à remuneração. Cessada a fonte do risco, [...] estanca-se o direito ao adicional.” (MALLET, 2013, p. 598)

Assim, o pagamento do salário-condição não desobriga o empregador de adotar todas as medidas possíveis e tendentes a eliminar ou neutralizar a insa-

(4) Julgamento conjunto: RE 349703/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, Rel. p/Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 3.12.2008, p. 5.6.2009; RE 466343/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 3.12.2008, p. 5.6.2009 (repercussão geral — mérito); HC 87585/TO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 3.12.2008, p. 26.6.2009; e HC 92566/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 3.12.2008, p. 5.6.2009.

lubridade ou a condição perigosa, sendo admitida a exposição aos agentes agressivos apenas em caso de impossibilidade de neutralização ou eliminação total do risco e, ainda assim, sem prejuízo da conduta empresarial orientar-se a manter um meio ambiente de trabalho *minimamente inseguro*. Se a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e tem por fim assegurar a todos *existência digna*, na esteira do art. 170 da Constituição, a atividade produtiva não pode, em nenhuma circunstância, servir de instrumento de aviltamento da condição humana.

Referências

- MALLET, Estêvão. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al. Comentários à Constituição do Brasil*. Saraiva/Almedina: São Paulo/Portugal, 2013.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Fundamentos da tutela labor-ambiental. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães; URIAS, João; MARANHÃO, Ney (Coords.). *Direito ambiental do trabalho: apontamentos para uma teoria geral*. São Paulo: LTr, 2017. v. 3.

SAÚDE NO AMBIENTE DE TRABALHO: UMA REFLEXÃO SOBRE O DESENVOLVIMENTO DE DOENÇAS PSÍQUICAS E O ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO

Gabriela Ribeiro de Souza e Silva

Aluna do Centro Universitário Eurípides de Marília, Univem, cursando o 9º termo do Curso de Direito, em coautoria com Otávio Augusto Custódio de Lima.

O ambiente de trabalho pode causar aos trabalhadores não só danos físicos, como os denominados acidentes de trabalhos típicos. No entanto, nos últimos anos temos nos deparado com a ocorrência cada vez maior de afastamento de trabalhadores, acometidos de patologias psíquicas que tornam os trabalhadores incapazes para continuar a exercer sua atividade laborativa, mesmo que temporariamente.

Evidente, que diversas podem ser as causas para a ocorrência destas doenças, porém, o mundo do trabalho moderno, com o aumento significativo e excessivo nas cobranças para o alcance das metas; contratos de trabalhos cada vez mais frágeis e precários; a ação frequente de ambientes com assédio moral no trabalho; além da busca pelo lucro excessivo, e da dificuldade de ingresso e permanência no mercado de trabalho, em razão os altos índices de desemprego. Além de todo este contexto, ainda encontramos nos ambientes de trabalho a condenável prática do assédio moral, que acaba potencializando todo o cenário causador de doenças ocupacionais.

Neste cenário, é importante inicialmente restringir e conceituar o ambiente de trabalho, como sendo “o local onde se desenvolvem as relações de trabalho, onde se dá a convivência entre os trabalhadores e o desenvolvimento das atividades laborais” (BRITO, 2014). E de forma complementar, pode-se conceituar ambiente de trabalho como:

“(…) o meio ambiente do trabalho compreende o habitat laboral onde o ser humano trabalhador passa a maior parte de sua vida produtiva provendo o necessário para a sua sobrevivência e desenvolvimento por

meio do exercício de uma atividade laborativa, abrange a segurança e a saúde dos trabalhadores, protegendo-o contra todas as formas de degradação e/ou poluição geradas no ambiente de trabalho.” (PADILHA, 2011)

O ambiente de trabalho quando respeitadas as regras de proteção ao trabalhador, torna-se importante aliado à sua saúde. Por outro lado, quando estas regras são ignoradas o ambiente laborativo, poderá se tornar um agente principal, no causador de problemas a saúde e segurança do empregado, ocasionando consequências negativas na relação de trabalho, bem como, nas relações pessoais dos mesmos. Teixeira (2007) afirma que a depender da forma e meio no qual são executadas as atividades laborais, poderá originar um quadro de enfermidade e, desta forma, o trabalho que ao mesmo tempo pode concretizar realizações, também é capaz de resultar em danos.

A saúde é um direito fundamental do ser humano, classificada como direito social e previsto expressamente na Carta Magna de 1988: “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”. Prevê, ainda, a Constituição Federal em seu art. 7º, inciso XXII ser direito dos trabalhadores urbanos e rurais a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Importante frisar que o dever dos empregadores em proporcionarem ambientes saudáveis de trabalho não pode ser apenas reparatório. Na verdade, a prevenção mostra-se como a medida mais eficaz e, certamente

o trabalhador prefere que lhe seja destinado um tratamento digno, livre de abusos, do que buscar a tutela jurisdicional após a constatação do sofrimento de danos oriundos do ambiente de trabalho.

Se as empresas adotarem todas as medidas preventivas legalmente previstas, dificilmente o trabalhador será afetado. Porém, a realidade mostra-se diversa. Segundo o 1º Boletim Quadrimestral Sobre Benefícios por Incapacidade (2017, p. 5), no Brasil, a terceira maior causa para a incapacidade laborativa foram os transtornos mentais e comportamentais, dados estes compreendidos entre os anos de 2012 e 2016.

Sabe-se que o ambiente de trabalho pode ser palco de diversos tipos de violências, como as físicas e as psíquicas. A depender do grau de violência sofrida pelo trabalhador, esta poderá acarretar em afastamento temporário, ou, inclusive, incapacidade permanente. Ao ter sua integridade afetada, seja ela física ou psíquica, o trabalhador será atingido diretamente em um dos princípios basilares da Constituição Federal: a dignidade humana.

A dignidade da pessoa humana é o direito inviolável, valor constitucional supremo que agrega em torno de si a unanimidade dos demais direitos e garantias fundamentais do homem, expressos na Constituição Federal. Assim, merecendo estima, todos enquanto pessoas humanas, entende-se obrigatório, o respeito ao direito à vida, aos direitos pessoais tradicionais, nestes previstos os direitos sociais (arts. 6º e 7º), direitos da ordem econômica (art. 170) cujo primado é a ordem social (art. 193), direitos educacionais, direitos à liberdade. (ARAÚJO, 2010)

Assim, quando as normas protetoras consolidadas no âmbito do trabalho não são respeitadas, encontramos, de forma indireta, a infringência de uma previsão constitucional. Basile (2009) afirma sobre a necessidade de respeito perante o trabalhador quanto ao seu patrimônio moral, sua intimidade e sua vida privada. A valorização do trabalho e do trabalhador em seu íntimo, de um modo geral, vai de acordo com a proteção da sua dignidade.

Em contrapartida, há quem não se atente a este princípio constitucional tão importante em nossas vidas. Dentre os diversos danos no ambiente laboral, se faz presente o assédio moral, causador de prejuízos ao psíquico do trabalhador. Araújo (2010) entende que o assédio moral é um ato ilícito civil, que pode ocorrer no mundo do trabalho, com dever de reparação.

Logo, chega-se à conclusão de que um ambiente de trabalho com condutas típicas de assédio moral, é

propício ao surgimento de doenças psíquicas desencadeadas pelo trabalho. Estas podem iniciar por um transtorno psicológico leve e, até mesmo, em alguns casos, levar ao suicídio. O trabalhador passa a sentir desestímulo na atividade profissional e pessoal, enfraquecimento da sua saúde, entre outros efeitos.

A legislação atual possui diversas previsões quanto à responsabilidade dos causadores de danos ao trabalhador. Inicialmente, há o direito ao recebimento de auxílio-doença, pago pela previdência social, benefício este gerado pela incapacidade que acometeu o mesmo de forma temporária. Conforme prevê o art. 60, *caput*, da Lei n. 8.213/91, o auxílio-doença será devido ao segurado empregado a partir do décimo sexto dia do afastamento.

A empresa é obrigada a cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho, bem como instruir os empregados quanto a precauções de doenças, assim dispõe o art. 157 e incisos da CLT. A Constituição Federal no art. 5º, inciso X, bem como os arts. 186, 187 e 927 do Código Civil retratam a responsabilidade daquele que causar dano a outrem, seja de ordem material ou moral. Não podemos excluir dessa importante responsabilidade a do empregador em face do empregado, previsto no art. 7º da Carta Magna, inciso XXVIII, em que acoberta seguro contra acidentes de trabalho, sem excluir a indenização do empregador quando incorrer em culpa ou dolo.

Por fim, importante ressaltar que o trabalhador é quem sofre as piores consequências advindas do seu afastamento do trabalho. Podemos dizer que o sofrimento perdura em três fases: no aparecimento da doença psíquica, no decorrer do afastamento (realização dos tratamentos necessários) e, no retorno ao trabalho, quando possível. Ao retornar para o ambiente de trabalho, são revividas as dificuldades do adoecimento, além da necessidade de se readaptar às condições impostas pela empresa (SOUZA e FAIMAN, 2007).

Assim, com a ocorrência do afastamento do empregado, presume-se que houve afronta à sua dignidade, pois não foram respeitadas as diversas formas de tratamentos dignos que fossem capazes de evitar a ocorrência do dano ensejador, especialmente naqueles ambientes onde a ocorrência do assédio moral, desencadeou o surgimento de patologias psíquicas nos empregados assediados. Por isso, necessário se faz a adoção de medidas preventivas, ou a adoção de uma legislação com penas mais rígidas, para ceifarem a afronta à saúde do trabalhador oriunda do ambiente de trabalho.

BREVES DISTINÇÕES ENTRE DANO MORAL E DANO EXISTENCIAL

Carlos Eduardo Monti Junior

Advogado, bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Sorocaba (FADI).

Introdução

O trabalho dignifica o homem. Essa frase haurida da Doutrina Social da Igreja e instalada na cultura popular tem os seus aspectos verdadeiros. Não há dúvidas, ao menos idealmente falando, de que a ocupação humana através do exercício de uma atividade laboral promove o bem para a sociedade, traz o sustento para quem trabalha, potencializa os dons e os talentos de cada ser humano, nas suas especificidades que lhe são próprias, enfim, faz com que o indivíduo se realize como pessoa.

Conquanto, ao se adentar na realidade do trabalho, na luta de milhões que buscam o pão de cada dia, com as competições cada vez mais endurecidas para conseguir se alocar no mercado de trabalho e para dele não sair; ao se observar as dificuldades enfrentadas pelos trabalhadores em relação a empregadores que não compreendem a função social da empresa e do trabalho, que adotam condutas deveras excessivas — distraçam, humilham, aviltam a dignidade dos trabalhadores e estes, muito por conta da dependência econômica, submetem-se a diversas situações vexatórias; ou, ainda, quando se nota diversas empresas que, na busca desenfreada por melhores resultados, exigem jornadas astronômicas de seus trabalhadores ou se omitem no cuidado com a saúde e a segurança dos obreiros e os acidentes de trabalho acontecem aos montes; em todas essas situações narradas exemplificadamente, percebe-se que o trabalho acaba por macular a dignidade do homem.

Quando o trabalho tem o seu fim desvirtuado e os infortúnios nas relações laborais acontecem, a justiça deve ser acionada para restaurar as relações sociais e torná-las mais humanas. Tal restauração se dá, precipuamente, através da condenação dos ofensores ao pagamento de indenizações por danos, sejam eles materiais ou aqueles que atingem o patrimônio moral e a dignidade dos ofendidos — na esmagadora maioria dos casos — os trabalhadores.

Quando os danos atingem o patrimônio moral dos trabalhadores, maculando a sua dignidade e a sua honra, ou, ainda, destruindo projetos de vida e suas relações, estaremos diante da ocorrência de dano moral ou dano existencial, conforme o caso.

Nesse conciso estudo, serão vistas as distinções entre o dano moral e o dano existencial e a aplicação de cada um deles em situações concretas.

Dano moral

Tradicionalmente, o dano moral é conceituado de forma negativa, como não sendo um dano de caráter

patrimonial. Nessa linha, os doutrinadores franceses Henry Mazeaud e Andre Tunc ensinam que “o dano moral é o que não atinge de modo algum ao patrimônio e causa tão só uma dor moral à vítima”⁽¹⁾. Na doutrina pátria, Pontes de Miranda leciona que “dano patrimonial é o dano que atinge o patrimônio do ofendido; dano não patrimonial é o que, só atingindo o devedor como ser humano, não lhe atinge o patrimônio.”⁽²⁾

Com a evolução do conceito, os doutrinadores passaram a definir a conduta geradora do dano moral como “a dor, a mágoa, a tristeza infligida injustamente a outrem”⁽³⁾. Percebe-se, assim, “a referência ao estado anímico, psicológico ou espiritual da pessoa”⁽⁴⁾.

A conceituação mais moderna tende a não focalizar os aspectos subjetivos do dano moral, extraindo-se, porquanto, pilares mais objetivos, conforme se verifica do seguinte aresto do TST relatado pelo Ministro Mauricio Godinho Delgado:

“*Recurso de revista. Indenização por danos morais. Tratamento vexatório e humilhante. Configuração. Desrespeito aos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da inviolabilidade psíquica (além da física) da pessoa humana, do bem-estar individual (além do social) do ser humano, todos integrantes do patrimônio moral da pessoa física. Dano moral caracterizado. A conquista e a afirmação da dignidade da pessoa humana não mais podem se restringir à sua liberdade e intangibilidade física e psíquica, envolvendo, naturalmente, também a conquista e a afirmação de sua individualidade no meio econômico e social, com repercussões positivas conexas no plano cultural — o que se faz, de maneira geral, considerado o conjunto mais amplo e diversificado das pessoas, mediante o trabalho e, particularmente, o emprego. O direito à indenização por dano moral encontra amparo no art. 5º, V e X, da Constituição da República e no art. 186 do CCB/02, bem como nos princípios basilares da nova ordem constitucional, mormente naqueles que dizem respeito à proteção da dignidade humana, da inviolabilidade (física e psíquica) do direito à vida, do bem-estar individual (e social), da segurança física e psíquica do indivíduo, além da valorização do trabalho humano. O patrimônio moral da pessoa humana envolve todos esses bens imateriais, consubstanciados, pela*

(1) MAZEAUD, Henry y Leon; TUNC, André. *Tratado teorico y practico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. 5. ed. Montchrestien, 1962. p. 424.

(2) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. Tomo XXVI, p. 30.

(3) RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*. 1989. Vol. 4, p. 206 *apud* ANDRADE, André Gustavo C. de. A evolução do conceito de dano moral. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 24, 2003. p. 145.

(4) ANDRADE, André Gustavo C. de. A evolução do conceito de dano moral. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 24, 2003. p. 145.

Constituição, em princípios fundamentais. Afrontado esse patrimônio moral, em seu conjunto ou em parte relevante, cabe a indenização por dano moral, deflagrada pela Constituição de 1988. Na hipótese dos autos, diante dos dados colhidos no acórdão regional, forçoso concluir que a imagem do reclamante restou associada ao alegado furto sofrido pelo empregador, com a repercussão do ocorrido no âmbito da empresa, o que lhe gerou transtornos que afetaram seu patrimônio moral. Observe-se que, na esfera trabalhista, não houve prova de efetiva participação do obreiro no alegado furto, tanto é que a sua dispensa pela empresa se deu sem justa causa. Assim, diante da submissão do reclamante a situações que atentaram contra a sua dignidade, a sua integridade psíquica e o seu bem-estar individual — bens imateriais que compõem seu patrimônio moral protegido pela Constituição —, impõe-se o restabelecimento da condenação da reclamada ao pagamento de indenização por danos morais, conforme autorizam o inciso X do art. 5º da Constituição Federal e os arts. 186 e 927, *caput*, do CCB/02. Recurso de revista conhecido e provido. (TST, RR 18317220145170009, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, j. 16.03.2016, DEJT 22.03.2016)”

O julgado acima colacionado diagramou o patrimônio moral em um tripé que não deve ser violado sob pena de surgir a obrigação de reparar tal patrimônio através de indenização por dano moral, a saber: a dignidade, a integridade psíquica e o bem-estar individual.

Destarte, pode-se entender o dano moral como a consequência de uma conduta que tenha o potencial de ultrajar a dignidade, a integridade psíquica e o bem-estar de uma ou mais pessoas.

Dano existencial

Para estabelecer o conceito de dano existencial, inicia-se com as lições de Júlio César Bebbber:

“Por dano existencial (também chamado de dano ao projeto de vida ou *prejudice d'agrément* — perda da graça, do sentido) compreende-se toda lesão que compromete a liberdade de escolha e frustra o projeto de vida que a pessoa elaborou para sua realização como ser humano. Diz-se existencial exatamente porque o impacto gerado pelo dano provoca um vazio existencial na pessoa que perda a fonte de gratificação vital. Por projeto de vida entende-se o destino escolhido pela pessoa, o que decidiu fazer com a sua vida. O ser humano, por natureza, busca sempre extrair o máximo das suas potencialidades. Por isso, as pessoas permanentemente projetam o futuro e realizam escolhas no sentido de conduzir sua existência à realização do projeto de vida. O fato injusto que frustra esse destino (impede a sua plena realização) e obriga a pessoa a resignar-se com o seu futuro é chamado de dano existencial.”⁽⁵⁾

(5) BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial) — breves considerações. *Revista LTr*: legislação do trabalho, São Paulo, v. 73, n. 1, jan. 2009. p. 28.

Compreende-se, assim, que a marca fundamental da referida espécie de dano imaterial é a alteração substancial nas atividades costumeiras da vítima. A existência do indivíduo, nas coisas mais simples e quotidianas, é consideravelmente afetada de modo tal a diminuir a sua qualidade de vida.

Denota-se que, além dos elementos tradicionais da responsabilidade civil — conduta, dano, nexo causal — acrescem-se o projeto de vida e/ou as relações interpessoais.

No âmbito das relações de trabalho, são múltiplos os acontecimentos que podem gerar o dano existencial: excesso de jornada de trabalho que impede o convívio familiar e social do trabalhador, quando não gera danos maiores, como o divórcio; não concessão das férias, impedindo o lazer e a vivência familiar; doenças e acidentes de trabalho que impeçam o trabalhador de praticar o esporte que habitualmente praticava, dentre outras situações.

Aplicação do dano moral e do dano existencial

Como foi demonstrado, o dano moral e o dano existencial são modalidades de dano extrapatrimonial e tratam de objetos distintos. Assim, é plenamente possível a cumulação dos pedidos. Para tanto, é imprescindível que os causídicos demonstrem em seus petítórios os fatos geradores para cada modalidade e pleiteiem, autonomamente, as indenizações cabíveis. Outrossim, os magistrados deverão ponderar cada situação, observando o ônus da prova, de modo tal a aplicar a justa medida para o caso concreto, com razoabilidade e proporcionalidade.

Conclusões

O presente trabalho teve como intento tecer as distinções entre dano moral e dano existencial. Foram trazidas as conceituações das referidas modalidades de dano extrapatrimonial, sendo que, a partir disso, demonstrou-se que os objetos são peculiares.

O dano moral surge toda vez que uma conduta ocasionar na ofensa à dignidade, à integridade psíquica e ao bem-estar de um indivíduo.

O dano existencial irrompe nos casos em que uma conduta interferir de modo significativo em um projeto de vida e/ou nas relações interpessoais de um indivíduo.

Tais modalidades de dano extrapatrimonial, por protegerem bens jurídicos específicos, podem ser cumulados.

É de bom alvitre que as situações fáticas geradoras de tais modalidade danosas sejam apontadas com precisão pelos advogados, favorecendo a ponderação justa e razoável pelos julgadores, evitando-se, assim, a banalização desses institutos jurídicos, ao mesmo passo em que se concretiza a plena reparação dos danos suportados pelos ofendidos.

IMPACTOS DA “REFORMA TRABALHISTA” NA SAÚDE DOS TRABALHADORES (TRABALHO NÃO É MERCADORIA)

Igor de Oliveira Zwicker

Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará (PA), aprovado em 1º lugar geral; Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (PA), aprovado em 1º lugar geral; Especialista em Economia do Trabalho e Sindicalismo pela Universidade Estadual de Campinas (SP); Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes (RJ); Bacharel em Direito e Especialista em Gestão de Serviços Públicos pela Universidade da Amazônia (PA); Analista Judiciário (Área Judiciária) e Assessor Jurídico-Administrativo do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região (PA/AP); Professor de Direito; Autor do livro “Súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos do TST” (São Paulo: LTr, 2015); tem, até 29.3.2019, oitenta e quatro (84) artigos jurídicos publicados, além de dezenas sobre Língua Portuguesa.

Sobre o tema *saúde*, temos, pelo art. 2º, 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Decreto n. 591/1992), que o Estado brasileiro se comprometeu a adotar medidas, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, *progressivamente*, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no Pacto, incluindo, em particular, a adoção de *medidas legislativas*. Pelo art. 3º, *e*, da Convenção n. 155 da OIT, *saúde* não deve ser compreendida como mera ausência de doença ou enfermidade, mas como um completo estado de bem-estar físico, mental e social.

Tanto o Pacto quanto a Convenção ostentam posição hierárquico-normativa de supralegalidade⁽¹⁾, de modo que, pelo controle de convencionalidade, ambos imprimem eficácia paralisante sobre qualquer norma infraconstitucional que lhes sejam contrárias.

Pois bem. A Lei Complementar n. 95/1998 dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, na forma do art. 59, parágrafo único, da Constituição, e estabelece normas para a consolidação de atos normativos. Segundo art. 5º da Lei Complementar, a ementa será grafada por meio de caracteres que a realcem e explicitará, de modo conciso e sob a forma de título, o objeto da lei.

Nesse sentido, a “Reforma Trabalhista” (Lei n. 13.467/2017), ao explicitar a alteração da CLT, assim o fez com o objetivo de “adequar a legislação às novas relações de trabalho”. Porém, a “Reforma Trabalhista”, a par de pretender adequar a legislação às novas relações de trabalho, trouxe intensos impactos — *negativos* — à saúde dos trabalhadores. O presente estudo trata de um desses impactos, reputado o mais grave.

O art. 8º, § 3º, da CLT diz que, no exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade

dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 do Código Civil, e balizará sua atuação pelo “princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva”.

De outra banda, o art. 611-B da CLT elenca direitos que não podem ser suprimidos ou reduzidos, sob pena de se considerar a norma coletiva de trabalho ilícita. O *caput* utiliza a expressão “exclusivamente”, ao elencar tais direitos, o que demonstra que a intenção do legislador (*mens legislatoris*) foi a de fixar um rol taxativo (*numerus clausus*), ou seja, que somente aquele rol disposto no artigo estará infenso à negociação coletiva, sendo possível a supressão ou redução de todos os outros direitos.

Essa premissa se confirma quando se lê o art. 611-A da CLT, o qual fixa hipóteses em que o negociado prevalecerá sobre o legislado e, ao elencar os direitos, utiliza-se da expressão “entre outros”, a demonstrar que a intenção do legislador (*mens legislatoris*), nesse outro caso, foi a de fixar um rol meramente exemplificativo (*numerus apertus*), ou seja, que, à exceção do rol do art. 611-B, todo e qualquer direito trabalhista submetido ao crivo da negociação coletiva pode ser suprimido ou reduzido.

O mais grave é que, segundo o parágrafo único do art. 611-B da CLT, as regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins desse artigo.

Com efeito, o art. 11, III, *c*, da Lei Complementar n. 95/1998, diz que, para a obtenção de ordem lógica, a lei expressará por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no *caput* do artigo e as exceções à regra por este estabelecida.

Nesse sentido, o parágrafo único, portanto, ao expressar uma exceção à regra estabelecida no *caput*, na forma do art. 11, III, *c*, da Lei Complementar n. 95/1998, dispôs claramente que regras sobre duração do trabalho e intervalos constituem objeto *lícito* de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, para efeitos de redução ou até supressão.

(1) Julgamento conjunto: RE 349703/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, Rel. p/Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 3.12.2008, p. 5.6.2009; RE 466343/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 3.12.2008, p. 5.6.2009 (repercussão geral — mérito); HC 87585/TO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 3.12.2008, p. 26.6.2009; e HC 92566/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 3.12.2008, p. 5.6.2009.

Entretanto, as regras sobre duração do trabalho e intervalos tratam de indisponibilidade de grau absoluto, pois “o direito enfocado [merece] uma tutela de nível de interesse público, por traduzir um patamar civilizatório mínimo” (DELGADO, 2019, p. 253).

Há uma série de retrocessos.

A “Reforma Trabalhista” trabalhista se insurge, de início, com o próprio mundo fenomênico, como o que se observa no mundo dos fatos, da vida, do que ordinariamente acontece (art. 375 do CPC). Regras sobre duração do trabalho e intervalos são sim consideradas normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, infensas, inclusive, à negociação coletiva. Sua “dimensão de saúde, higiene e segurança laborais da pessoa humana do trabalhador” é firmemente reconhecida “pelas Ciências que se dedicam ao estudo do trabalho e do meio ambiente do trabalho e das doenças e outros malefícios (acidentes) provocados na pessoa humana envolvida na dinâmica do mundo do trabalho” (DELGADO; DELGADO, 2018, p. 136).

Insurge-se, ainda, com relação à iterativa, atual e notória jurisprudência da Justiça do Trabalho, a qual, historicamente, manteve entendimento protetivo e autorizativo da intervenção estatal na autonomia da vontade privada, individual ou coletiva, quando se trata de normas de higiene, saúde, segurança e medicina do trabalho, o que inclui regras sobre duração do trabalho e intervalos.

Insurge-se, enfim, com relação ao próprio avanço legislativo, que já imprimia patamar civilizatório mínimo superior, a exemplo da Lei n. 8.923/1994, que acrescentou o § 4º ao art. 71 da CLT para prescrever sanção a ser aplicada em caso de descumprimento da concessão de intervalo para repouso e alimentação, de modo que, se não fosse concedido pelo empregador, este ficaria obrigado a *remunerar* o período correspondente com um acréscimo de no mínimo 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (nesse sentido, ainda, caminha a Súmula n. 437 do TST). O parágrafo, a propósito, foi modificado pela “Reforma Trabalhista”, de modo que a não concessão ou a concessão parcial do intervalo implica, agora, em pagamento de natureza indenizatória (e não mais remuneratória) e tão somente do período suprimido, tornando até mais vantajoso ao empregador, matematicamente (economicamente), suprimir o intervalo, ainda que unilateralmente, sem anuência coletiva.

O art. 611-B, parágrafo único, da CLT trata, portanto, de medida de cunho retrocessivo que afeta gravemente o grau de concretização já atribuído à saúde dos trabalhadores (SARLET, 2013, p. 542-543).

A norma-regra é flagrantemente *inconstitucional* (art. 7º, *caput*, e XXII, da Constituição) e *inconveniente* (art. 2º, 1, do PIDESC e art. 3º, *e*, da Convenção n. 155 da OIT). Quando a norma-regra deslegitima a intervenção estatal na autonomia da vontade privada, ainda

que “autonomia da vontade coletiva” (art. 8º, § 3º, da CLT), o tempo à disposição, infenso a limites, pode afetar severamente o bem-estar físico, mental e social do empregado:

— exemplificadamente, afeta o bem-estar físico pela própria condição humana, que não suporta longas e excessivas jornadas de trabalho;

— afeta o bem-estar mental a exemplo do *burnout*, traduzido como “um esgotamento profissional provocado por constante tensão emocional no ambiente de trabalho, ocasionado por um sistema de gestão competitivo, com sujeição do empregado às agressivas políticas mercantilistas da empresa”⁽²⁾;

— afeta o bem-estar social, a exemplo do reconhecimento jurisprudencial do dano existencial, há muito, pelo TST⁽³⁾, enquanto espécie de dano extrapatrimonial em que os empregados sofrem limitações em sua vida pessoal por força de conduta que importe em “confisco irreversível de tempo que poderia legitimamente destinar ao descanso, ao convívio familiar, ao lazer, aos estudos, à reciclagem profissional e a tantas outras situações, para não falar em recomposição de suas forças físicas e mentais naturalmente desgastadas por sua prestação de trabalho” — nesse ponto, a “Reforma Trabalhista” é contraditória, pois, a par do art. 611-B, parágrafo único, a CLT reconhece a figura do dano existencial (art. 223-B).

Vale lembrar — sempre lembrar —, enfim, o que se tem registrado desde a Declaração de Filadélfia, aprovada na 26ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em 1944, um ano após a decretação da CLT: *trabalho não é mercadoria*.

Referências

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 Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil*: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. Saraiva/Almedina: São Paulo/Portugal, 2013.

(2) TST-RR-959-33.2011.5.09.0026, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 29.4.2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 8.5.2015.

(3) TST-Ag-AIRR-669-77.2014.5.04.0664, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 27.3.2019, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29.3.2019.

DECRETO SOBRE VIDA E MORTE DA PESSOA HUMANA E A INDISPONIBILIDADE ABSOLUTA DE NORMAS SOBRE HIGIENE, SAÚDE, SEGURANÇA E MEDICINA DO TRABALHO

Igor de Oliveira Zwicker

Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará (PA), aprovado em 1º lugar geral; Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (PA), aprovado em 1º lugar geral; Especialista em Economia do Trabalho e Sindicalismo pela Universidade Estadual de Campinas (SP); Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes (RJ); Bacharel em Direito e Especialista em Gestão de Serviços Públicos pela Universidade da Amazônia (PA); Analista Judiciário (Área Judiciária) e Assessor Jurídico-Administrativo do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região (PA/AP); Professor de Direito; Autor do livro “Súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos do TST” (São Paulo: LTr, 2015); tem, até 29.3.2019, oitenta e quatro (84) artigos jurídicos publicados, além de dezenas sobre Língua Portuguesa.

O art. 7º, *caput*, da Constituição elenca direitos mínimos dos trabalhadores, *além de outros que visem à melhoria de sua condição social*, de modo que tal conteúdo jurídico-normativo traz, em si, duas grandes premissas, que dão norte às relações de trabalho: o princípio da vedação ao retrocesso social e a cláusula de avanço social.

Pela vedação ao retrocesso social, a Constituição admoesta “medidas de cunho retrocessivo” que “venham a desconstituir ou afetar gravemente o grau de concretização já atribuído a determinado direito fundamental (e social), o que equivaleria a uma violação à própria Constituição” (SARLET, 2013, p. 542-543). Segundo o STF⁽¹⁾, “o princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive”.

Porém, a simples vedação não satisfaz a Constituição, considerada a necessidade premente da vida, de se caminhar para frente, evoluir, agir, tornar efetiva a promessa constitucional uma sociedade livre, justa e solidária. Nesse sentido, a Constituição consagra autêntica cláusula de avanço social (ZWICKER, 2015, p. 152), demandando do legislador, do administrador e do hermenêuta constante e contínuo esforço na melhoria e no aperfeiçoamento das normas republicanas, com vistas à elevação do patamar civilizatório mínimo.

O art. 7º, XXII, da Constituição, ao prever, como direito mínimo, *pétreo e de aplicação imediata* (arts. 5º, § 1º, e 60, § 4º, IV, da Constituição), *a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança*, consagra o princípio do risco mínimo regressivo e, corolário a este, o princípio da retenção do risco na fonte. Pelo primeiro, temos que “a exposição [a] agentes nocivos deverá ser a mínima possível e, mesmo

assim, com o passar do tempo deverá reduzir progressivamente em direção ao risco zero”; o segundo “indica que o risco deve ser controlado desde a sua origem, evitando que o agente nocivo possa propagar a ponto de atingir a integridade do trabalhador” (OLIVEIRA, 2017, p. 95).

Da mesma forma, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Decreto n. 591/1992), doravante “Pacto” ou “PIDESC”, que ostenta posição hierárquico-normativa de supralegalidade⁽²⁾, traz ideia de progressividade dos direitos sociais. Nesse sentido, “a vedação do retrocesso, como um vetor dinâmico e unidirecional positivo, [...] impede a redução do patamar de tutela já conferido à pessoa humana” (BONNA, 2008, p. 60).

Segundo art. 2º, 1, do PIDESC, o Estado brasileiro se comprometeu a adotar medidas até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, *progressivamente*, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no Pacto, incluindo, *em particular*, a adoção de medidas legislativas.

A premissa é relevante: primeiro, porque o PIDESC, por ostentar posição hierárquico-normativa de supralegalidade, tem o poder e a força de imprimir eficácia paralisante na legislação infraconstitucional que lhe contrarie (controle de convencionalidade); segundo, porque o compromisso com o Pacto foi de, cada vez mais, fazer progredir a legislação brasileira e, conseqüentemente, elevar o patamar civilizatório mínimo dos indivíduos.

Como bem colocou Danielle Allen⁽³⁾, cientista política e professora da Universidade Harvard, nos Esta-

(1) STF, Recurso Extraordinário com Agravo n. 639.337 AgR/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 23.8.2011; no mesmo sentido, STF, Recurso Extraordinário n. 581.352 AgR/AM, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 29.10.2013.

(2) Julgamento conjunto: RE 349703/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, Rel. p./Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 3.12.2008, p. 5.6.2009; RE 466343/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 3.12.2008, p. 5.6.2009 (repercussão geral — mérito); HC 87585/TO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 3.12.2008, p. 26.6.2009; e HC 92566/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 3.12.2008, p. 5.6.2009.

(3) “‘Humanas são tão importantes quanto exatas e biológicas’, diz professora”. Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/noticias/>

dos Unidos, “boas leis, instituições estáveis e estruturas de governança produtivas aumentam a riqueza de uma sociedade”.

Na lógica dos efeitos do contrato de trabalho, existem deveres anexos, com exigência direta, diante e decorrente do próprio contrato de trabalho, de que o empregador mantenha a higidez dos seus trabalhadores, vista em seu aspecto/espectro mais amplo, de *biopsicossocialidade*, conforme exatamente prevê a Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS), segundo a qual a “saúde” não é mera ausência de doença ou enfermidade e sim um *completo estado de bem-estar físico, mental e social*.

Nem se discuta que a norma da OMS mantém diretriz meramente persuasiva, pois a Convenção n. 155 da OIT, no art. 3º, *e*, repete idêntico comando. A Convenção ostenta posição hierárquico-normativa de supralegalidade⁽⁴⁾, de modo que não se discute acerca da vinculação, da legislação infraconstitucional brasileira, a esse conceito amplíssimo de “saúde”.

A Carta de Ottawa, lavrada na I Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde, em Ottawa, no Canadá, no ano de 1986, bem explicita esse conteúdo:

“Promoção da saúde é o nome dado ao processo de capacitação da comunidade para atuar na melhoria de sua qualidade de vida e saúde, incluindo uma maior participação no controle deste processo. Para atingir um estado de completo bem-estar físico, mental e social os indivíduos e grupos devem saber identificar aspirações, satisfazer necessidades e modificar favoravelmente o meio ambiente. A saúde deve ser vista como um recurso para a vida, e não como objetivo de viver. Nesse sentido, a saúde é um conceito positivo, que enfatiza os recursos sociais e pessoais, bem como as capacidades físicas. Assim, a promoção da saúde não é responsabilidade exclusiva do setor saúde, e vai para além de um estilo de vida saudável, na direção de um bem-estar global.”

Nessa esteira, se a manutenção da *saúde* (conceito amplíssimo) é instrumento para a higidez física, mental e social do indivíduo, não há espaço — jurídico — para defesa da *disponibilidade* de normas sobre higiene, saú-

de, segurança e medicina do trabalho, sujeitas ao alvedrio das partes, *ainda que coletivamente, a contrario sensu* do art. 8º, § 3º, da CLT.

Pensar de forma diversa — e aceitar tal “intervenção mínima” do Poder Judiciário na autonomia da vontade coletiva — é admitir que empresas e sindicatos das categorias profissional e econômica têm poder de ingerência no bem-estar físico, mental e social dos trabalhadores e, portanto, decretar vida e morte da pessoa humana, em situação jurídica absolutamente incompatível com o Estado Democrático de Direito.

O direito contratual, tomado como “instrumento a serviço da pessoa e de sua dignidade”, deve “refletir a primazia dos interesses existenciais sobre os interesses patrimoniais” (NEGREIROS, 2006, p. 461). Não se trata “de tutelar mais ou menos as situações patrimoniais, mas de se lhes reservar uma tutela qualitativamente diversa” (NEGREIROS, 2006, p. 462), que deve concretizar, adequadamente, a tutela da dignidade da pessoa humana.

Referências

- ALLEN, Danielle. “Humanas são tão importantes quanto exatas e biológicas”, diz professora. *BBC News Brasil*, 30 abr. 2019. Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/noticias/bbc/2019/04/30/ciencias-humanas-sao-tao-importantes-quando-exatas-e-biologicas.htm>>. Acesso em: 3 maio 2019.
- BONNA, Aline Paula. A vedação do retrocesso social como limite à flexibilização das normas trabalhistas brasileiras. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 47, n. 77, p. 51-66, jan./jun. 2008.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Fundamentos da tutela labor-ambiental. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães; URIAS, João; MARANHÃO, Ney (Coords.). *Direito ambiental do trabalho: apontamentos para uma teoria geral*. São Paulo: LTr, 2017. v. 3.
- SARLET, Ingo Wolfgang. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. Saraiva/Almedina: São Paulo/Portugal, 2013.
- ZWICKER, Igor de Oliveira. *Súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos do TST*. São Paulo: LTr, 2015.

[bbc/2019/04/30/ciencias-humanas-sao-tao-importantes-quando-exatas-e-biologicas.htm](https://educacao.uol.com.br/noticias/bbc/2019/04/30/ciencias-humanas-sao-tao-importantes-quando-exatas-e-biologicas.htm)>. Acesso em: 3 maio 2019.

(4) Julgamento conjunto: RE 349703/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, Rel. p/Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 3.12.2008, p. 5.6.2009; RE 466343/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 3.12.2008, p. 5.6.2009 (repercussão geral — mérito); HC 87585/TO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 3.12.2008, p. 26.6.2009; e HC 92566/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 3.12.2008, p. 5.6.2009.

PRECONCEITO E INVISIBILIDADE: UMA REFLEXÃO SOBRE AS PESSOAS DO LGBTQI À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO MERCADO DE TRABALHO

Maria de Fátima Rodrigues de Oliveira

Graduanda de Direito pela UNIVEM — Universidade Eurípides de Marília.

Introdução

É notório que em pleno século XXI ainda convivemos com a discriminação e o preconceito no Brasil, sob vários prismas. No presente trabalho ressalta-se a invisibilidade que atinge as pessoas do grupo LGBTQI, (lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, *queers* e intersex), consideradas minorias e que são deixadas às margens da sociedade e do nosso ordenamento jurídico.

A discriminação que começa, na maioria das vezes, no seio da própria família, gerando violência doméstica, segue pelos bancos escolares e na vida adulta, atinge o mercado de trabalho ocasionando, muitas das vezes, o assédio moral.

Esta situação, merece uma análise mais profunda, tendo em vista o significativo número dessas “minorias” que são submetidas a subempregos, como por exemplo a prostituição, justamente pela falta de oportunidade, que muitas vezes começa, na idade mais tenra, através da evasão escolar, devido a prática de *bullying*, o que causa sérias consequências psíquicas e morais as crianças.

É notório que estas pessoas, não conseguem se adequar ao mercado de trabalho por falta de qualificação e pela discriminação e preconceito, situações que se chocam diretamente contra os princípios que norteiam a Constituição Federal de 1988, que rege a liberdade, igualdade e a não discriminação de qualquer espécie.

Não podemos negar que houve muito avanço por parte do ordenamento jurídico brasileiro, como por exemplo a aprovação do casamento homoafetivo, a adoção, a conquista do nome social, mas a luta está só por começar há muito a se fazer para a erradicação desse mal que norteia nosso país para mudar este panorama sócio cultural. É preciso todo um treinamento para os policiais e operadores do Direito para identificarem e investigarem o crime de ódio quanto aos demais, para que possam separá-los do que supõem ser cultura, como nos remete, Zygmunt Bauman:

“(…) a imposição de distinções artificiais, conceituais, sobre indivíduos física, corporal e naturalmente indistintos, foi o primeiro ato — constitutivo — de cultura, que daí em diante consistiria para sempre na inserção do mundo “natural” das divisões, distinções e classificações que refletiam a diferenciação da prática humana e dos conceitos impostos pela prática e não eram atributos próprios da “natureza”, mas da atividade e do pensamento humanos.” (BAUMAN, 1999, p. 35).

Atualmente, a Lei n. 10.948/2001 pune a discriminação com multa, suspensão e cassação da Licença

estadual para funcionários, além da existência de um canal exclusivo para denúncias, o Disque 100, embora sua utilização seja muito insignificante, diante dos vários cenários de discriminação e preconceito que atingem as pessoas deste grupo.

O presente estudo tem como objetivo a análise e discussão do tema a fim de colaborar para a tolerância e o respeito, sem distinção de cor, raça, classe, sexo, idade, religião, gênero e orientação sexual destes vulneráveis e assim possibilitando a inclusão no mercado de trabalho.

Por se tratar de um assunto ainda estigmatizado e vedado, envolto a um estigma que divide opinião perante a sociedade, o trabalho propõe dar visibilidade as pessoas dessa minoria incluindo-as no mercado de trabalho, este que como a educação, a saúde, a moradia é um direito fundamental e deve ser assegurado e garantido pelo Estado.

As pessoas desse grupo podem trabalhar sem qualquer restrição, assim como aprender e ensinar também. É difícil constatar que existe empregadores que recusam aceitar a liberdade e a orientação sexual de seus empregados sem desculpas palpáveis e significativas. Essas pessoas são obrigadas a se submeterem a subempregos como a prostituição para sobreviverem.

A sociedade brasileira é preconceituosa e sexista, por influência de seus colonizadores, pela religião e outros. Essa minoria, diferentemente de outras, ainda é desprovida de legislação própria para ter assegurados seus direitos inerentes, com um mínimo de dignidade. Há falta de políticas públicas e ações afirmativas que possam dar visibilidade e assim garantir seus direitos, efetivando o Estado Democrático de Direito.

Só em 1985 a Organização Mundial de Saúde (OMS) retirou da lista de doença, a homossexualidade que era considerada um desvio sexual. Muitos são os preconceitos sofridos pelos homossexuais por exemplo, quando conseguem um emprego, pois são vítimas de chacotas, piadas, humilhação, aborrecimentos e assédio moral, sem contar as agressões físicas que sofrem pela sociedade machista, intolerante e homofóbica. O preconceito contra a comunidade LGBT ainda não é reconhecida pelos órgãos de fiscalização, não há uma lei própria para a homofobia e transfobia, portanto o desrespeito se transformou em costume.

É comprovado que o estresse emocional compromete a saúde do trabalhador ocasionando a baixa autoestima e consequente incapacidade produtiva, problemas de ordem psíquica, isolamento social, uso de

drogas, dificuldade nas relações interpessoais, depressão e até o suicídio. São os chamados riscos invisíveis, nas relações de trabalho.

Tanto a homossexualidade como a heterossexualidade devem ter suas restrições no ambiente do trabalho, sempre há de se respeitar o próximo, no caso, seu colega de serviço. No entanto, a primeira impressão que é passada, pela maioria dos empregadores, é a discriminação em relação ao gênero, não empregando as mulheres, não pela capacidade intelectual ou física de serem menores ou piores do que a dos homens, mas pelo simples fato de serem mulheres. Ou por terem filhos ou pela hipótese de tê-los. Se para as mulheres já há esta discriminação para as pessoas do grupo LGBTQI é muito pior.

No Brasil, 68% das pessoas LGBTQI disseram já ter sofrido, ou vivenciado alguma cena homofobia no ambiente de trabalho. Em 2013 foi criado o Fórum de Empresa, que é uma organização informal onde reuniram grandes empresas para debaterem e apoiarem a inclusão da comunidade LGBTQI, que adotaram 10 compromissos:

- 1 — Comprometer-se, presidência e executivos, com respeito e com a promoção dos direitos LGBTQIs;
- 2 — Promover a igualdade de oportunidades e tratamentos junto a pessoas LGBTQIs;
- 3 — Promover ambiente respeitoso, seguro e saudável para as pessoas LGBTQIs;
- 4 — Sensibilizar e educar para o respeito aos direitos LGBTQIs;
- 5 — Estimular e apoiar a criação de grupos de afinidades LGBTQIs;
- 6 — Promover o respeito aos direitos LGBTQIs na comunicação e *marketing*;
- 7 — Promover o respeito aos direitos LGBTQIs no planejamento de produtos, serviços e atendimento aos clientes;
- 8 — Promover ações de desenvolvimento profissional de pessoas do seguimento LGBTQI;
- 9 — Promover o desenvolvimento econômico e social das pessoas LGBTQIs na cadeia de valores;
- 10 — Promover e apoiar ações em prol dos direitos LGBTQIs na comunidade.

É notório, portanto, que o respeito é a base de tudo, e se esse respeito fosse atribuído às pessoas desde criança elas aprenderiam logo porque a desigualdade de gênero começa na infância. Assim o Brasil lidera o índice de homofobia no mercado de trabalho que causa a discriminação e a violência psicológica sendo está uma das mais comuns registradas na SDHPR (secretaria de direitos humanos da previdência da república) e delegacias especializadas em Direitos Humanos. Cerca de 70% dos casos são de homossexuais que sofrem preconceitos no trabalho, assédio moral e perseguição.

“Dentre estes 41% afirmam terem sofrido discriminação por sua orientação sexual ou identidade de gênero no ambiente de trabalho, 33% das empresas brasileiras não contratariam pessoas LGBTQIs para cargos de chefia, 61% dos funcionários LGBTQIs no Brasil optam por esconder a sexualidade de colegas e gestores e 90% dos travestis estão se prostituindo por não terem conseguido emprego (mesmo com bons currículos).

Pessoas são demitidas ao postarem fotos e vídeos em suas redes sociais, vítimas da homofobia, segundo site acessado.”

Neste contexto todo, o assédio moral gera a redução da saúde psicológica e física de suas vítimas e afeta negativamente o bem-estar e a eficiência de outros trabalhadores, instala o absenteísmo devido ao aumento de licenças médicas (ANTICO, 2010, p. 53), contribuindo para o afastamento das pessoas deste grupo do mercado de trabalho.

Depoimentos demonstram o quanto uma pessoa pode sofrer ao ser interpelada por estar em situação de assédio no âmbito do trabalho, onde a pessoa permanece a maior parte da sua vida, relatam que as outras pessoas não conversam com elas pela orientação sexual que têm, ademais as empresas não têm consciência do quanto as culturas da pessoa podem impactar anulando o direito de escolhas de uma pessoa, pois sem oportunidade não há escolha.

A comunidade LGBTQI no Brasil é de 9%, ou seja, 18 milhões e a cada ano aumenta mais, seus maiores inimigos são a invisibilidade e o silêncio, é preciso que ela clame por dignidade por seus direitos, sendo necessário para isso uma mudança no coração e nas mentes das pessoas.

Referências

- ÂNTICO, Andrea. A valoração dos princípios da dignidade da pessoa humana e da fraternidade na compreensão do assédio moral no trabalho. In: *Argumenta Revista Jurídica*, da Universidade Estadual do Norte do Paraná — UENP. n. 13 (junho-dezembro) — Jacarezinho, 2010.
- BAUMAN, Sygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2003.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT), Anais da oficina trabalho escravo: uma chaga aberta, Fórum Social Mundial (2003, jan. 25. Porto Alegre, RS). Brasília: OIT, 2003. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/info/downloadfile.php?filed=372>>. Acesso em: 28 abr. 2019.
- TURATTI JUNIOR, Marco Antônio. *Reconhecimento jurídico da identidade LGBTI*. 1. ed. Curitiba: Appris, 2018.

OS IMPACTOS DA REFORMA TRABALHISTA PARA A SAÚDE E TRABALHO DA MULHER: UMA ABORDAGEM CONSTITUCIONAL À LUZ DO DIREITO DA SAÚDE

Talita Medeiros Nicolino

Graduanda no curso de Direito na Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha de Marília — UNIVEM.

Otávio Augusto Custódio de Lima

Graduado em Direito pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (1992). Mestrado em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (2006) e mestrado em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2002). Atualmente é advogado — Escritório de Advocacia Trabalhista, professor titular da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, árbitro da Câmara Arbitral de Marília e Secretário presidente da Executiva da Comissão Justiça e Paz de Marília — São Paulo.

Introdução

A Constituição Federal de 1988 é um marco temporal para a consolidação e promoção dos direitos sociais e fundamentais como saúde, educação, assistência e trabalho digno, ampliando consideravelmente o rol de direitos individuais, difusos e coletivos para a classe dos trabalhadores, historicamente, hipossuficientes e carentes de um sistema jurídico-constitucional que lhes devolvessem a dignidade, a segurança e o respeito à sua integridade física e mental no meio ambiente do trabalho sustentável e salubre.

O Direito à Saúde é considerado um direito fundamental indispensável à vida plena e digna. Especificamente, a saúde da mulher objetiva a prevenção e combate aos diversos agravos como, por exemplo, Lesões por esforços repetitivos (LER); Distúrbios osteomusculares relacionados ao trabalho (DORT); Câncer; Problemas respiratórios; Doenças endócrinas; Doenças psicossociais, dentre outras, além, obviamente, da preocupação com a proteção à maternidade.

Neste contexto, deve-se, assim, “ampliar o conceito de saúde, conectando-se discursivamente, a promoção de saúde e prevenção de doenças às ações de redução de sintomas” (ROZA, 2015). Outro marco temporal, de evolução do conceito de saúde, foi a Portaria n. 1016 de 2016 que trouxe como eixo norteador a saúde preventiva da mulher além da “Implementação da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Mulheres, contemplando a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Mulheres e as Políticas de Equidade” (OCCHI, 2017).

A Reforma Trabalhista, em seu bojo normativo, traz diversas alterações, restrições e flexibilizações de direitos trabalhistas, de condições de saúde e de segurança do trabalho, sobretudo da mulher, colocando em ameaça princípios constitucionais relacionados ao seu trabalho. Neste trabalho, serão problematizados os impactos da Reforma para a saúde e segurança da mulher,

principalmente, da mulher gestante. Adota-se, uma abordagem baseada na análise constitucional e revisões bibliográficas, acerca da temática geradora, trabalho, saúde e dignidade da mulher, através do desenvolvimento dos tópicos a seguir.

1. Os impactos da reforma trabalhista na saúde e trabalho da mulher gestante

A Reforma Trabalhista determinada pela Lei n. 13.467/2017, acarreta um conjunto de alterações na CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), obtendo um grande impacto na configuração de direitos e garantias trabalhistas. O Capítulo III da CLT abrange os arts. 372 a 401, que dispõem sobre a Proteção do Trabalho da Mulher, da duração da jornada, das condições de trabalho e da discriminação contra a mulher.

A Constituição Brasileira, com o intuito de fomentar a igualdade de gênero no mercado de trabalho, consagra para as trabalhadoras o direito à proteção ao trabalho, por meio de incentivos específicos, (art. 7º, XX, da CF), o direito à proibição a qualquer discriminação em relação ao salário, e ainda, critérios de admissão (art. 7º, XXX, da CF), o direito da gestante à licença-maternidade, sem prejuízo do salário e do emprego, com duração de 120 dias (art. 7º, XVII, da CF) e, a proibição à dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde o momento da confirmação da gravidez até os cinco meses após o parto (art. 10, II, b, do ADCT).

Com a Reforma Trabalhista, o art. 372 da CLT passou a determinar em sua nova redação, que os preceitos que regulam o trabalho masculino são, também, aplicáveis ao trabalho feminino, estabelecendo igualdade entre ambos. O parágrafo único deste artigo foi revogado, não mais existindo exceção para aplicação das disposições especiais sobre o trabalho da mulher.

Uma das principais ameaças para a saúde da mulher pode ser encontrado no art. 394-A da CLT, que é a permissão do trabalho da gestante e lactante em ativi-

dades insalubres em grau médio e mínimo, exceto no caso de apresentação de atestado médico que a afaste, alterando as disposições anteriores mais benéficas à saúde do feto, e da integridade da mulher, que garantia o afastamento compulsório e automático da gestante dos locais insalubres e perigosos em qualquer grau, enquanto ostentar a condição de gestante. Nota-se que a gestante poderá, com as alterações trabalhistas, laborar e estar exposta a radiações ensejando risco de câncer e de má-formação neural do feto. Além disso, risco de infecções urinárias e generalizadas poderiam acontecer devido a contaminações destes ambientes inóspitos.

Em consonância ao princípio da dignidade da pessoa humana, deve o Estado, não somente proteger o direito à vida, como também garantir que lhe que seja digna. Os riscos decorrentes de um ambiente insalubre podem trazer para a mulher e ao feto consequências que se arrastarão por toda sua vida. A reforma trabalhista e suas novas normas “atentam contra a saúde, porque na verdade, o afastamento da gestante e da lactante dos ambientes insalubres, em qualquer grau, deve ser compulsório, devendo ela ser realocada, sem prejuízo do adicional de insalubridade” (LIMA, 2017), em ambiente que não ofereça nenhum risco a saúde, ou seja, sem a ocorrência de agentes agressivos.

Necessário ainda pontuar que o Brasil é um dos países campeões em acidentes de trabalho no mundo, estatística que revela que a preocupação com um ambiente de trabalho mais seguro, não este entre as primeiras preocupações dos empregadores do país. Neste cenário, permitir que as mulheres gestantes, possam desenvolver suas atividades em ambiente de trabalho insalubre, evidentemente, irá contribuir para piorar as nossas estatísticas sobre a ocorrência de acidentes de trabalho.

Considerações finais

A promulgação da Constituição Federal em 5 de outubro de 1988 marcou a conquista e o avanço da promoção dos direitos sociais e fundamentais como saúde,

educação, assistência e trabalho digno, para a classe dos trabalhadores. Outro marco temporal, de evolução do conceito de saúde, foi a Portaria n. 1016 de 2016 que disciplina sobre a saúde preventiva da mulher.

O direito à saúde é um direito fundamental de todos. Para toda a classe trabalhadora é essencial a segurança do trabalho e a saúde ocupacional, especialmente, à segurança e saúde da mulher que objetiva cuidados/prevenções e combates á diversos agravos.

A Lei n. 13.467/2017 retrocedeu ao permitir que a mulher possa trabalhar durante a gestação em ambientes insalubres de grau médio e mínimo e em qualquer grau durante a lactação. Ela só poderá ser afastada caso apresente um atestado comprovando o prejuízo de trabalhar em ambiente insalubre. O que era antes da reforma uma presunção em favor da mulher, agora é um ônus para ela, parte hipossuficiente da relação de trabalho.

Assim urge a necessidade de revisão do texto legal e a determinação de afastamento compulsório das gestantes e lactantes dos ambientes de trabalho insalubres, diante do evidente risco que estes locais representam para a saúde das trabalhadoras bem como, ao desenvolvimento dos nascituros.

Referências

- LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Péricles Rodrigues Marques de. *Reforma Trabalhista*: entenda ponto por ponto. São Paulo: LTr, 2017.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Reforma Trabalhista*. São Paulo: Saraiva, 2019.
- OCCHI, Gilberto. *Conferência nacional da saúde das mulheres*. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/saude-para-voce/saude-da-mulher/conferencia-nacional-da-saude-das-mulheres>>. Acesso em: 22 abr. 2019.
- ROZA, Monica. *Saúde coletiva*: dialogando sobre interfaces temáticas. Ilheus: Editus, 2015.

SAÚDE DO TRABALHADOR NO AMBIENTE DE TRABALHO E A OIT

Ana Paula Castelo Branco Costa

Graduada em Direito pela USP. Doutoranda pela PUC Buenos Aires. Bolsista da Escola Judicial do TRT11.

Nesse ano de 2019 a OIT completa 100 anos de existência e foram várias as normas por ela produzidas com a temática da saúde e do meio ambiente laboral.

Segundo Husek⁽¹⁾, foram 96 (noventa e seis) as convenções ratificadas pelo Brasil, sendo que até abril

de 2017, quando finalizou seus estudos, pontua o autor que 79 (setenta e nove) convenções encontravam-se em vigor.

Citam-se algumas Convenções a título de exemplo⁽²⁾: Convenção n. 176, sobre segurança e saúde nas

(1) HUSEK, Carlos Roberto. *Curso básico de direito internacional público e privado do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017. p. 101-174.

(2) OIT, convenções. Disponível em: <<https://www.ilo.org/brasil/convencoes/lang-pt/index.htm>>. Acesso em: 3 fev. 2019.

minas; a Convenção n. 174, sobre prevenção de acidentes industriais maiores; a Convenção n. 171, sobre trabalho noturno; a Convenção n. 170, sobre segurança no trabalho com produtos químicos; a Convenção 167, sobre a segurança e saúde na construção; a Convenção n. 164, sobre proteção à Saúde e Assistência Médica aos Trabalhadores Marítimos; a Convenção n. 162, sobre utilização do Amianto com Segurança; a Convenção n. 161, sobre serviços de saúde no trabalho; a Convenção n. 159, sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes; a Convenção n. 155, sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente do Trabalho; a Convenção n. 152, sobre segurança e higiene dos trabalhadores portuários; a Convenção n. 148, sobre contaminação do ar, ruído e vibrações; a Convenção n. 139, sobre Prevenção e Controle de Riscos Profissionais Causados por Substâncias ou Agentes Cancerígenos; a Convenção n. 136, sobre Proteção Contra os Riscos da Intoxicação pelo Benzeno; a Convenção 134, sobre prevenção de acidentes de trabalho dos marítimos; a Convenção n. 127, sobre Peso Máximo das Cargas; a Convenção n. 124, sobre exame médico dos Adolescentes para o Trabalho Subterrâneo nas Minas; a Convenção n. 115, sobre proteção contra radiações; e a Convenção n. 113, sobre exame médicos dos pescadores. Nessa tese, seleciona-se a Convenção n. 155 para breves comentários logo à frente.

Antes de se tecerem comentários, se faz necessária uma análise das normas e doutrina internas. A tutela constitucional brasileira da Saúde do trabalhador vem disciplinada pelo art. 196 e seguintes da CF, em cuja redação vem determinado que: “A saúde é direito de todos e dever do Estado (...)”, ficando a figura do trabalhador aí fica inserida.

O art. 200 da CF 1988 em seu inciso VIII⁽³⁾ disciplina e integra o meio ambiente do trabalho no capítulo destinado ao direito à saúde.

As normas internacionais e a doutrina especializada vêm definindo o meio ambiente, dentre eles o meio ambiente laboral, como um dos direitos humanos mais recentes, necessários à uma sadia qualidade de vida. Portela⁽⁴⁾ define o meio ambiente, como direito humano de terceira geração, tese também defendida por Bonavides⁽⁵⁾.

Trata-se de um conceito doutrinário recente, uma vez que data do final dos anos 60 e início dos anos 70.

Ainda no que se refere ao conceito de meio ambiente do trabalho para Melo⁽⁶⁾ ele não se restringe ao aspecto físico onde o trabalhador realiza seu trabalho, mas se refere a tudo que envolve e condiciona, direta

ou indiretamente esse local de obtenção dos meios para prover sua existência digna, proclamada na CF (art. 1º, inciso III).

Nesse sentido, o denominado pelo autor de “habitat laboral” não pode ficar restrito a relação obrigacional laboral e nem ao limite físico da fábrica.

As Constituições de Estados-Membros do Brasil também expressamente tutelam o meio ambiente do trabalho, como exemplos citem-se a Constituição do Estado do Amazonas (art. 229, § 2º), do Estado do Pará (art. 270, inciso XIV), de São Paulo (art. 232, inciso X, § 1º) e Minas Gerais (art. 190, inciso VII).

O art. 26 da Constituição da Argentina de 1996, assim se refere ao meio ambiente⁽⁷⁾: “El ambiente es patrimonio común. Toda persona tiene derecho a gozar de un ambiente sano, así como el deber de preservarlo y defenderlo en provecho de las generaciones presentes y futuras. Toda actividad que suponga en forma actual o inminente un daño al ambiente debe cesar.”

Verifica-se assim, a proteção jurídica nacional e internacional ao meio ambiente do trabalho.

Na doutrina, Rocha⁽⁸⁾ em análise ampla conceitua: “o meio ambiente do trabalho não é só o aspecto físico, mas todo o complexo de relações humana na empresa, a forma de organização do trabalho, sua duração, os ritmos, os turnos, os critérios de remuneração, as possibilidades de progresso, a satisfação dos trabalhadores etc.”.

Todas essas ideias encontram-se intimamente relacionadas ao conceito de saúde da OMS⁽⁹⁾ que permanece o mesmo desde 1948: “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.

Em sendo assim, o ambiente laboral precisa estar apto ao bem-estar físico e mental do trabalhador para proteção da sua saúde.

Assim disciplina o art. 3º letra e) da Parte 1 da área de aplicação e definições da Convenção n. 155 da OIT onde se conceitua o termo “saúde” com relação ao trabalho. Nesse sentido, a saúde abrange não só a ausência de afecção ou de doenças, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados à segurança e higiene no trabalho.

O meio ambiente laboral necessita ser saudável para que se assegure a dignidade do trabalhador, para que não ocorra nenhuma agressão e/ou dano. O empregador é o responsável pela salubridade do ambiente de trabalho. Com as normas internacionais e nacionais busca-se uma proteção a dignidade do trabalhador.

A dignidade pode ser entendida como qualidade do que é digno, daquilo que é honrado e honesto. Digno vem a ser uma característica daquele e daquilo que respeita os demais. No direito penal há uma ideia mais específica sobre a dignidade, ela aborda os crimes contra a honra, quando trata da injúria, cujo bem tutelado

(3) BRASIL, Constituição Federal de 1988. Art. 200. Da Saúde. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei (...) VIII — colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>. Acesso em: 13 set. 2018.

(4) PORTELA, Jorge G. “Hacia una ecología integral: el respeto por nuestra casa común y por nosotros mismos”, en: *Prudentia Iuris*, n. 83, p. 109-127, Disponível em: <<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/hacia-ecologia-integral-portela.pdf>>. Acesso em: 9 fev. 2019.

(5) BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 12.

(6) MELO, Sandro Nahmias. *Meio ambiente do trabalho: direito fundamental*. São Paulo: LTr, 2001. p. 26-39.

(7) ARGENTINA, Constitución Nacional, art. 26. Disponível em: <http://www.buenosaires.gob.ar/areas/leg_tecnica/sin/normapop09.php?id=26766&qu=c>. Acesso em: 20 out. 2018.

(8) ROCHA, Júlio César de Sá. *Direito ambiental e meio ambiente do trabalho: dano, prevenção e proteção jurídica*. São Paulo: LTr, 1997. p. 30.

(9) OMS, conceitos. Disponível em: <<http://www.who.int/suggestions/faq/es/>>. Acesso em: 9 set. 2018.

da vítima é a dignidade e o decoro, ou honra subjetiva, a ideia que a vítima tem de si, a sua autoestima.

Na CF a dignidade vem prevista logo no início, em seus arts. 1º e 5º que assegura a todos os direitos fundamentais, dentre eles a dignidade humana e a indenização de danos morais.⁽¹⁰⁾

Há valores jurídicos que não podem ser negociados. A Lei n. 13.467/2017 alterou a CLT e busca mudar o paradigma das relações trabalhistas para que o negociado prevaleça sobre o legislado.

Porém, como acima argumentado eventual dano de caráter moral individual sofrido pelo empregado em seu ambiente de trabalho, com ofensas e agressões, que atingem seu patrimônio imaterial não podem ser objeto de livre negociação, eis que indisponível por ser direito humano reconhecido interna e internacionalmente.

A reparação do dano moral brasileira era regulamentada pela legislação civilista, com a previsão na CF e com o sistema geral da responsabilidade civil, sendo a

(10) CF. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III — a dignidade da pessoa humana; (...) 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: (...) X — são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurada o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente e sua violação (grifo nosso). Disponível em: <http://planalto.jus.br>. Acesso em: 5 abr. 2019.

indenização mensurada pelo magistrado, conforme as circunstâncias do caso concreto.

A ofensa à imagem e dignidade dos trabalhadores constitui uma agressão ao direito personalíssimo tanto no plano internacional quanto no interno. Em ambos são resguardadas a saúde e a segurança dos trabalhadores.

No meio ambiente de trabalho, a dignidade das condições materiais e imateriais necessitam ser protegidas, sem margem à negociação, uma vez que a dignidade é um direito fundamental e não pode ser disponibilizada, caso isso aconteça resultará outro dano à vítima, com repercussão em toda a sociedade.

Nesse sentido, somente a previsão na esfera internacional, nas Cartas Maiores dos países e nas leis não é suficiente para resguardar o meio ambiente de trabalho digno. Também se faz necessária uma análise minuciosa das situações de agressões acontecidas no meio ambiente laboral, com a análise das provas produzidas nos casos concretos para fins de sanção e penalidade judicial para coibir e punir essa conduta.

A Lei n. 13.467/2017 foi pioneira em estabelecer parâmetros específicos para as ofensas no meio ambiente de trabalho, pois a CLT era omissa.

Aguarda-se o posicionamento dos tribunais sobre essa regra específica sobre a responsabilidade civil do empregador pelos danos morais sofridos por seus trabalhadores no âmbito da empresa.

SEGURANÇA NO TRABALHO: UMA REFLEXÃO SOBRE O CASO BRUMADINHO

Fernanda de Oliveira Alves

Graduanda do Curso de Direito na instituição Centro Universitário Eurípedes Soares da Rocha — UNIVEM.

Otávio Augusto Custódio de Lima

Graduado em Direito pela Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha (1992). Mestrado em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (2006) e mestrado em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2002). Atualmente é advogado — Escritório de Advocacia Trabalhista, professor titular da Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha, árbitro da Câmara Arbitral de Marília e Secretário presidente da Executiva da Comissão Justiça e Paz de Marília — São Paulo.

A segurança no trabalho é entendida como um conjunto de normas e medidas que tem por objetivo minimizar a ocorrência de acidentes de trabalho, doenças ocupacionais, bem como resguardar a integridade e a capacidade laborativa do trabalhador.

Nesse sentido, o art. 19 da Lei n. 8.213/91 conceitua que: “acidente de trabalho é o que ocorre pelo exercício

do trabalhador a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VIII do art. 11 desta lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho”.

Feitas tais considerações é possível adentrarmos no problema central de nossa tese, que tem como pon-

to de partida, o desastre decorrente do rompimento da Barragem de minério da Vale S.A., situada na cidade de Brumadinho/MG, que infelizmente, resultou no maior acidente de trabalho já vivenciado no Brasil. Assim, necessária a reflexão sobre a responsabilidade civil da empresa e a limitação do dano moral trabalhista recepcionado pela Lei n. 13.467/2017.

Sabemos, que além do caráter reparador a responsabilidade civil presta-se, sobretudo, a corrigir as condutas ilícitas praticadas pelos seus agentes, ou seja, vislumbra-se aqui uma faceta sancionatória, a qual não pode ser esquecida e nem negligenciada. E mais, não podemos nos esquecer que a tragédia aqui narrada resultou em consequências sofridas em diversos âmbitos, que vão além do ponto de vista ambiental, mas também, de forma mais específica aquelas pessoas diretamente afetadas pela tragédia. Eventos desta natureza, exigem que as condutas e ações devem ser repensadas e readequadas dada a gravidade dos fatos, visando um olhar preventivo e cautelar.

Constata-se então que a função não é tão somente reparadora, mas também punitiva, imputando ao agente causador reparar o dano, como também suportar sanções que servirão como meio de coibir novos descertos a lei:

“A responsabilidade civil exerce uma função reparadora, destinando-se, como se destina, a reparar ou indenizar prejuízos por outrem sofridos. Mas desempenha também uma função sancionadora, sempre que na sua base se encontra um acto ilícito e culposo, hipótese a que nos vimos reportando, pois representa uma forma de reação do ordenamento jurídico contra esse comportamento censurável.”

Neste sentido a reforma das leis trabalhistas, estabelecida pela Lei n. 13.467/2017, não contribui para este “olhar preventivo e cautelar”, aliás pelo contrário, pois ao estabelecermos o foco na análise sobre a nova regulamentação do dano extrapatrimonial, que se refere à honra, a moral, e seus impactos na vida do trabalhador, que no caso em análise são aqueles que foram atingidos pelo rompimento da barragem de Brumadinho, o art. 223-G da CLT, traz um rol limitativo para as indenizações. Nesta senda, oportuno se torna registrar que os danos ocorridos em Brumadinho, não se restringem apenas aos materiais, visivelmente ocorridos. Os trabalhadores sofreram inúmeras consequências, as quais extrapolam, e muito a esfera patrimonial.

Desta forma disciplina o capítulo que trata do dano extrapatrimonial, em relação a tipificação e a determinação dos danos:

“Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial 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.”

“Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física.”

“Art. 223-D. A imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica.”

E especialmente quanto aos critérios de julgamento, o texto prevê:

“Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:

I — a natureza do bem jurídico tutelado;

II — a intensidade do sofrimento ou da humilhação;

III — a possibilidade de superação física ou psicológica;

IV — os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;

V — a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;

VI — as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;

VII — o grau de dolo ou culpa;

VIII — a ocorrência de retratação espontânea;

IX — o esforço efetivo para minimizar a ofensa;

X — o perdão, tácito ou expresso;

XI — a situação social e econômica das partes envolvidas;

XII — o grau de publicidade da ofensa.

(...)

I — ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;

II — ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

III — ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV — ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

§ 2º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor.

§ 3º Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização.”

A partir da análise dos dispositivos acima mencionados, levanta-se o questionamento se o dano extrapatrimonial suportado pelo trabalhador, fixado em seu último salário, e tendo por máximo 50 vezes este salário, seria constitucional e se visa os princípios constitucionais da igualdade e isonomia. Isto porque, o trabalhador que ganha um salário mínimo, terá sua indenização menor ao trabalhador que ganha dois salários mínimos, ainda que decorrente do mesmo dano. Isto para falarmos o mínimo sobre o absurdo que a nova legislação impõe as situações concretas, por não permitir uma prestação jurisdicional justa e adequada.

Nesse sentido cumpre alertar que estipular as indenizações por danos extrapatrimoniais de forma limitativa pode obter resultados incongruentes, para não se falar absurdos, nos casos concreto. Neste sentido a Associação Nacional Dos magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) alertou sobre a inconstitucionalidade da limitação dos danos extrapatrimoniais por meio do Enunciado na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho:

“*Tarificação do dano extrapatrimonial. Art. 223-G, § 1º, da Lei n. 13.467/2017. Inconstitucionalidade. É inconstitucional a tarifação imposta pelo art. 223-G, § 1º, da Lei*

n. 13.467/2017, pois representa violação: (I) ao art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, por desrespeitar o princípio da igualdade e permitir situações de discriminação entre trabalhadores de padrão salarial diverso; (II) aos incisos V e X, por excluir a aplicação do princípio da reparação integral dos danos, diante da limitação do valor máximo para a reparação do dano extrapatrimonial; e (III) ao inciso XXXV, por não permitir, em todas as situações, uma prestação jurisdicional justa e adequada.”

Obviamente, que além das questões jurídicas, o presente estudo, também tem a pretensão de rememorar os danos decorrentes da tragédia de Brumadinho, dignificando e devolvendo a voz aqueles que foram ca-

lados pelas toneladas de lama, ainda que a aplicação da justiça seja precedente e necessária para minimizar os efeitos da mencionada tragédia.

Referências

TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra, 1997.

BRASIL. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 maio 2019.

BRASIL. Lei n. 8.213/91. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 maio 2019.



FLEXIBILIZAÇÃO DE JORNADA

Luciana de Carvalho Figueiredo

Servidora do TRT da 3ª Região. Integrante do Grupo de Estudos de Direito do Trabalho da Universidade Federal de Ouro Preto.

Com o advento da Lei n. 13.467/2017, foram alterados diversos dispositivos relacionados ao capítulo que regula a duração do trabalho na CLT, a exemplo da jornada padrão e jornada extraordinária, regime compensatório de horários, banco de horas, jornada de plantão 12x36, entre outros.

Tem-se que a jornada de trabalho é fixada, em regra, pela Constituição da República, sendo 8 horas ao dia, no máximo, com carga horária semanal máxima de 44 horas por semana, sendo considerada como suplementar o que exceder a tal limite (repetidamente) ou extraordinária, quando ocorrer de forma excepcional.

Ao exceder a jornada padrão, deve-se remunerar o trabalho com adicional mínimo de 50%, salvo autorização por regime compensatório válido (sem incidência do referido adicional).

Para fins de compensação pelo regime compensatório clássico, há o limite de 2 horas diárias, mediante pacto bilateral por escrito, instrumentos de negociação coletiva e, também, por simples acordo tácito (interpretação literal do novel § 6º da CLT), o que não é razoável, por ampliar ainda mais o poder unilateral do empregador em face de um trabalhador vulnerável.

Quanto ao regime de banco de horas, por ser mais desfavorável ao empregado, somente pode ser pactuado por instrumento negocial coletivo, contudo, não mais se faz necessária a participação sindical se a compensação de horários ocorrer no período máximo de seis meses, o que vai de encontro ao disposto no art. 7º da Constituição, *caput*.

Há, também, as jornadas especiais, geralmente fixadas em diploma legal específico, sendo que a Lei n. 13.467/2017 inseriu a jornada de 12x36 horas (já reconhecida pela jurisprudência — Súmula n. 444, TST), autorizando 12 horas de trabalho sem haver intervalos intrajornadas, agora também por acordo individual escrito — art. 59-A, *caput*. E, ainda, permitiu a prorrogação dessas 4h de jornada em atividades insalubres sem a necessidade de licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene e saúde do trabalho, considerando compensados/remunerados os descansos semanais remunerados, feriados e adicional noturno.

Além disso, a mencionada lei trouxe o inciso III, do art. 61, que dispensa os empregados em regime de

teletrabalho das regras da CLT a respeito da “duração do trabalho” (CLT, capítulo II), por considerar incompatível com o controle de horários, o que pode ser questionado por prova em contrário. Ressalta-se que as regras sobre descanso semanal remunerado e descanso em feriados regem-se por diploma legal distinto da “duração do trabalho”.

Quanto aos intervalos intrajornadas, as modificações legislativas recentes reduziram a questão meramente a seu caráter pecuniário, uma vez que se preocupou, tão somente, em remunerar como parcela indenizatória o tempo faltante para o integral cumprimento do intervalo. Ou seja, não houve cuidado com o efetivo gozo do intervalo e o respeito a sua duração.

Nota-se o despreparo legislativo, principalmente, quando se lê o disposto no parágrafo único do art. 611-B da CLT, que afirma “regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo”.

Tal afirmação é um total contrassenso, feito com o propósito de tornar regras indisponíveis como se “negociáveis” fossem, uma vez que pacífico é o entendimento científico de que o assunto relaciona-se à Medicina do Trabalho, por envolver situações ligadas às doenças e aos riscos no ambiente laborativo.

Evidente, portanto, que as recentes alterações legislativas se mostram como um nítido retrocesso social, com redução do poder estatal e sindical, transferindo-se maior poder de “negociação” aos trabalhadores e empresas, de forma direta, ignorando a vulnerabilidade inerente ao próprio trabalhador bem como a importância da regulação estatal e coletiva.

Perceba-se: a origem do Direito do Trabalho está justamente na experiência de explorações opressoras e abusivas vivenciadas nos séculos anteriores que resultaram em incontáveis acidentes e mortes de inúmeros trabalhadores, culminando na criação de regras e princípios próprios para a manutenção de um ambiente de trabalho hígido e seguro (limitação da jornada, intervalos e descansos, patamar salarial mínimo), constituindo-se, portanto, como direito fundamental os valores sociais do trabalho.

Dessa maneira, é preciso atentar-se aos dados alarmantes e recentes que demonstram a relação direta entre altas cargas de trabalho com o adoecimento e morte de trabalhadores.

A flexibilização de jornada não pode ser confundida com o poder patronal irrestrito de explorar a força de trabalho humana, devendo-se atentar ao fato de que é a gestão diretiva do empregador a principal fonte garantidora da integridade física e mental do trabalhador, para que assim possa continuar a viver dignamente.

Observa-se que em países mais evoluídos e preocupados com o valor do ser humano já reduziram ou estão fomentando a redução da carga horária semanal, como a França, Alemanha, Suécia, Holanda e Japão.

Fato é que jornadas exaustivas decorrentes de uma flexibilização inconsequente levam a disfunções

mentais e físicas, muitas vezes irreversíveis, o que não pode ser tolerado.

É preciso atentar-se à proteção da saúde física e mental dos trabalhadores, por meio de ações que evitem danos decorrentes do excesso de trabalho, priorizando a segurança dentro das empresas.

A prevenção de acidentes e doenças ocupacionais relacionadas ao ambiente laboral é de tamanha importância que as normas e legislação atinentes à matéria não podem ser consideradas como flexíveis.

Assim, em que pese as alterações legislativas advindas da Lei n. 13.467/2017 que procuram diminuir a proteção do trabalho e do trabalhador, é de suma relevância adequar-se as novas regras com o ordenamento jurídico trabalhista ainda em vigor e pautado em preceitos constitucionais e também internacionais, de forma sistemática e teleológica, em prol da vida digna humana.

LIMITAÇÃO DE JORNADA COMO PRESSUPOSTO MEDULAR DA EMPREGABILIDADE

Catarina Galvão Estrela

Acadêmica do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Ouro Preto. Membro do Grupo de Estudos de Direito do Trabalho da Universidade Federal de Ouro Preto.

Embora distante do patamar ideal adotado no cenário internacional, o teto constitucional de 44 horas semanais representou uma conquista histórica para o Brasil. A partir de 1988, o art. 7º do referido diploma estabeleceu um limite para a duração do trabalho, unido à previsão de remuneração superior para as horas extraordinárias.

A limitação de jornada é fator que não só pondera para fins de remuneração ou organização do empregador, mas que influi diretamente nas relações familiares, na saúde e na educação do empregado. Por repercutir em componentes basilares da sociedade, tal limitação não deveria comportar ressalvas ou exceções (a exemplo da habitualização das horas extras).

Sabe-se que eventuais reduções no número de horas laborativas semanais acarretariam maior despesa aos empregadores no que diz respeito a contratação de mão de obra, o que é apontado como desvantajoso no debate da limitação de jornada. Entretanto, este mesmo argumento, visto de outra ótica, nos indica que novos postos de trabalho haveriam de ser criados para que a demanda de produção fosse cumprida.

A lógica da redução das horas semanais como mecanismo de combate ao desemprego fora fortemente rechaçada no século XIX pelo economista David Frederick Schloss, por ocasião da crise imigratória que a Inglaterra sofria à época. Foi ele quem concebeu a difun-

didat teoria liberal do “*lump of labour fallacy*”, que preconiza a inexistência de uma quantidade fixa de trabalho a ser feito — por consequência, seria uma falácia deduzir que a redução de horas implicaria na necessidade de contratação de novos trabalhadores (SCHLOSS, 1894).

A demanda de produção é definida em grande parte pelo mercado consumidor, dado o princípio básico de procura e oferta que norteia a balança comercial. Seria descabido sugerir que a classe trabalhadora integre esse mercado e é parte ativa na circulação dos bens de consumo?

Sendo-lhe concedida uma remuneração minimamente satisfatória, o tempo que restar ao empregado fora do ambiente de trabalho será destinado ao consumo de bens, sejam eles de lazer, alimentícios ou culturais. Presumir tamanha oscilação na quantidade de trabalho a ser feito é uma tentativa frustrada de justificar jornadas escravizantes e impedir uma legislação civilizatória que as limite.

Uma pesquisa conduzida no ano de 2011 pelo Institute for the Study of Labor (IZA) da Alemanha analisou o efeito dos programas de redução de horas realizados nos países integrantes da OECD. Entre as constatações do estudo, verificou-se que os países de menor incidência do desemprego conseguiram, através desses programas, manter as suas taxas estabilizadas,

evitando demissões em massa nos momentos de crise econômica (CAHUC; CARCILLO, 2011).

Vale lembrar, ainda, que a redução nas horas de trabalho deve vir acompanhada da conservação da intensidade de trabalho para que a estratégia seja efetiva. Se ao empregado for delegada um volume de tarefas igual ou superior ao que lhe era delegado anteriormente, exigindo-se deste o cumprimento em menor número de horas, haverá um aumento na intensidade laborativa.

No sistema de gestão por resultados, por exemplo, a intensificação do trabalho é aplicada em seu sentido subjetivo e que traduzir-se-á em maior cobrança e pressão sobre a atividade laboral. Um exemplo prático de introdução desse sistema é o método *Kanban*, que controla a intensidade por meios luminosos capazes de determinar qual será o ritmo e velocidade em que a produção se dará. Este método foi aperfeiçoado durante a década de 1960 nas fábricas toyotistas, integrando parte do que conhecemos como procedimento *just in time* (DAL ROSSO, 2008).

Desse modo, para que se alcance real êxito na geração de novos postos de trabalho, é fundamental que se conserve a mesma energia demandada do trabalhador que teve sua jornada reduzida. Do contrário, por óbvio, o empregador terá em mãos a prerrogativa para não abrir novos postos de trabalho, vez que a produção continuará sendo cumprida integralmente.

Outro benefício que deriva da limitação das horas laborativas é a maior valorização da mão de obra e as estratégias de otimização incentivadas ao setor privado diante desse obstáculo. O desenvolvimento de novas tecnologias é fomentado para suprir despesas de pessoal, o que repercute de maneira muito positiva no setor econômico (DELGADO, 2009).

Os investimentos em ferramentas de aprimoração produtiva são sensíveis às necessidades do empresariado. Daí então a relação direta da oferta de emprego com o desenvolvimento científico e sua redistribuição, pois a democratização tecnológica representa ganho inestimável para sociedade.

Diante da limitação da jornada, é comum que os empregadores tentem neutralizar os encargos com mão de obra através de curiosas táticas. Entre as mais corriqueiras está a tática de manejar o “banco de horas” para manter o padrão de exploração. Cabe salientar,

portanto, uma segunda condição para que o objetivo de refrear o desemprego seja alcançado.

A habitualização das horas extraordinárias é um fenômeno que contamina as relações de trabalho no Brasil desde o nascimento da Consolidação das Leis do Trabalho, que em seu art. 59 estipula a possibilidade de cumprimento de duas horas extraordinárias por dia, mediante remuneração superior e acordo. Sua flagrante inconstitucionalidade se revela a partir de 1988, quando o artigo foi entendido como recepcionado pelos tribunais, mesmo diante da expressa vedação dos incisos XIII e XVI do art. 7º da Constituição.

A predileção pelas disposições infralegais é cotidiana nos tribunais, legitimando a prática das “horas extraordinárias habituais”, largamente referendada pela Reforma Trabalhista. A vedação passou a ser mero adorno e a consequência imediata deste caos é a carta branca para que o empregador dilate a jornada dos seus subordinados e se esquivie de contratar mais mão de obra.

Ante o raciocínio descrito, depreende-se que a redução das horas laborais é pressuposto medular de uma política que vise combater o desemprego. Mais do que isso, tal redução consiste em pressuposto medular, ou seja, essencial para que se atinja este objetivo. Atendidas as condições aqui examinadas, a limitação também se mostra como instrumento para o cumprimento de garantias constitucionais e para avanços significativos na sociedade.

Referências

- CAHUC, Pierre; CARCILLO, Stéphane. *Is short-time work a good method to keep unemployment down?* Institute for the Study of Labor (IZA), Bonn: 2011.
- DAL ROSSO, Said. *Mais trabalho! A intensificação do labor na sociedade contemporânea*. São Paulo: Boitempo, 2008.
- DELGADO, Mauricio Godinho. Duração do trabalho: o debate sobre a redução para 40 horas semanais. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, RS, v. 75, n. 2, p. 25-34, abr./jun. Porto Alegre: 2009.
- SCHLOSS, David Frederick. *Methods of industrial remuneration*. Londres: Williams and Norgate, 1894.

FÉRIAS: ENTRE A CONVENÇÃO N. 132 DA OIT E A CLT

Gisela Carla Rodrigues Xavier

Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Integrante do Grupo de Estudos de Direito do Trabalho da Universidade Federal de Ouro Preto.

As férias consistem no período de médio prazo destinado ao descanso e revitalização do empregado para posterior retomada às atividades laborais. No ordenamen-

to jurídico brasileiro destacam-se as disposições contidas na Convenção n. 132 da OIT e na Consolidação das Leis do Trabalho — Decreto-lei n. 5.452/43 — sobre o tema.

O art. 1º do DL n. 3.197/99 — DL de promulgação da Convenção n. 132 da OIT — determina a execução e cumprimento da supracitada Convenção em inteiro teor de sua disposição. Enquanto o art. 1º da CLT, por sua vez, atribui ao referido diploma as normas reguladoras das relações individuais e coletivas de trabalho. Nesse ínterim, verificada a existência de duas normas versando sobre o mesmo tema, necessária se faz a análise de compatibilidade e, em caso de disposições diversas, aferir qual deverá ser aplicada. Para tanto, torna-se imperiosa a observância aos princípios norteadores do Direito do Trabalho e dentre eles, o princípio da norma mais favorável é premissa mister a ser adotada. O referido atribui ao operador do direito, quando da elaboração, interpretação ou diante de conflito de normas, o dever de aplicar a norma de teor mais benéfico ao trabalhador. É sob sua égide o presente artigo disporá.

A Convenção n. 132 aplica-se a todas as pessoas empregadas, exceto aos marítimos, vez que são destinatários de Convenções próprias. Noutro lado, a CLT aplica-se a qualquer empregado, exceto aos: domésticos; trabalhadores rurais; e servidores públicos nos termos do art. 7º.

O período aquisitivo do direito ao gozo de férias em ambas as normas é de 12 meses contados a partir da vigência do contrato de trabalho, sendo o período em tela, remunerado (art. 3º, § 1º, da Convenção e arts. 129 e 130 da CLT). Todavia, a Convenção apresenta prerrogativa de redução do prazo aquisitivo para 6 meses, deixando a disciplina a cargo da autoridade ou órgão de cada Estado-membro (art. 5º). Nesse ponto, torna-se mais favorável ao trabalhador a aplicação da Convenção, permitindo-lhe o descanso da atividade laboral após decorridos 6 meses de trabalho. Porém, a Constituição da República de 1988 dispõe ser anual o período mínimo aquisitivo (art. 7º, XVII). Desse modo, prevalece sobre a Convenção por esta não ter poder para revogar aquela, e por consequência, permanece a aplicação da CLT.

Quanto ao prazo concessivo, as disposições são diversas. A Convenção fixa de 12 até 18 meses (art. 9º, § 1º) em caso de “consentimento” do empregado. Já a CLT determina 12 meses (art. 134). Logo, de frente ao mais benéfico ao empregado, prevalece a CLT. A escolha do período em comento compete ao empregador (art. 136, CLT) e consoante a Convenção, ocorrerá após consulta ao empregado, sopesando sua possibilidade de repouso e diversão junto a demanda laboral (art. 10). Destarte, à luz do princípio em voga, a segunda norma deve prosperar.

No que tange ao período de fruição, a Convenção determina o mínimo equivalente a três semanas de trabalho (art. 3º, § 3º), sendo vedado o cômputo de feriados (nacionais ou regionais) neste período, independente dos feriados ocorrerem dentro ou fora dele (art. 6º, § 1º). Já a CLT, por sua vez, fixa 30 dias corridos. Desta feita, considerando as disposições esparsas dos feriados no calendário gregoriano, aduz-se a perspectiva de inexistência de concentração de feriados em curto espaço de tempo (21 a 30 dias), prevalecendo a regra da CLT por possibilitar maior lapso para descanso.

Isto posto, salienta-se que o número de faltas do empregado durante o período aquisitivo poderá diminuir o de fruição. Por consequência, ocorridas até

05 faltas, o empregado terá direito a 30 dias corridos de férias; de 6 a 14 faltas, 24 dias; de 15 a 23 faltas, 18 dias; de 24 a 32 faltas, 12 dias; e acima de 32 faltas, seu direito será derrocado, respectivamente (art. 130, CLT). No que pese as faltas decorrentes de motivo alheio a vontade do empregado, tais como as em decorrência de enfermidade, acidentes e licença-maternidade, ambas as normas firmam a impossibilidade do cômputo como parte do período de férias. Neste prisma, a CLT traz rol taxativo englobando estas e outras situações nas quais a ausência do empregado não ensejará desconto no período de fruição das férias (arts. 5º, § 4º e 6º da Convenção e 131 da CLT).

A remuneração de férias, segundo a Convenção (art. 7º) será a percepção média do empregado e deverá ser calculada conforme critérios de cada Estado-membro. Nesse prisma, deverá guardar observância à inteligência dos artigos: 1º, alínea *a*, da Convenção n. 100 da OIT; 457, *caput* e § 1º, da CLT; e 7º, IV, da CR/88. E, em equivalência, será o salário-base ou mínimo legal do empregado, adicionado a todas vantagens pagas pelo empregador, direta ou indiretamente — em espécie ou *in natura* — ao empregado em razão do emprego deste, adicionada a 1/3 de seu salário. Logo, resulta em regra mais benéfica, aplicada e propensa a crescer à remuneração ao empregado, possibilitando-o desfrutar de atividades aprazíveis com sua família sem comprometimento de seu sustento regular.

O direito às férias é irrenunciável, sendo nulo de pleno direito qualquer acordo que verse sobre sua disposição integral (arts. 12 da Convenção e 9º da CLT). Porém, é facultado ao empregado converter 1/3 de suas férias em abono pecuniário de valor proporcional a remuneração devida. Para tal proveito, basta comunicar o empregador da pretensão em até 15 dias antes do término do período aquisitivo. E, segundo as normas em análise, o *quantum* remuneratório (férias e/ou abono) deverá ser pago ao empregado até 2 dias antes do início do período de fruição (arts. 143 e 145 da CLT).

Destaca-se que, inobstante a existência da previsão de flexibilidade do pagamento antecipado *supra* (art. 7º, § 2º da Convenção), ela não deverá operar no plano fático visando propiciar segurança jurídica e qualidade de vida ao empregado, conforme será exposto no desenvolver do presente.

O fracionamento do período de fruição trazido pelo Convenção é estabelecido em 2 semanas de trabalhos ininterruptos — no mínimo — mediante negociação entre as partes interessadas (art. 9º). Sobre o contexto, a regra geral adotada pela CLT tange à concessão das férias em período único (art. 134). A exceção — inserida no § 1º do citado dispositivo pela Reforma Trabalhista e sem a observância do devido debate e cenário social — é o fracionamento em até 3 períodos e desde que haja “concordância do empregado”. Neste caso, um dos períodos não poderá ser inferior a 14 dias e os demais não poderão ser inferiores a 5 dias cada.

De plano, deve-se destacar a falácia da autonomia da vontade do empregado para “concordar” com o fracionamento de suas férias ou negociar/flexibilizar qualquer outro direito. Sendo sujeito subordinado que o é na relação laboral e não tutelado contra dispensa arbitrária — inobservância legislativa do preceito contido no art. 7º, I, da CR/88 — finda por viver em eminente

risco do desemprego e consequente perda dos meios de sustento próprio e familiar. Nesse arcabouço, não há como prosperar o discurso de “concordância” que apenas reveste a real “imposição” patronal, salvo prova em contrário a ser produzida pelo empregador face a posição de vulnerabilidade do empregado. Assim sendo, o fracionamento das férias não propiciará ao trabalhador o descanso devido, vez que o obrigará a aceitar a vontade do empregador em próprio detrimento. E, assim sendo, deverá ser aplicada a regra do *caput* do art. 134 da CLT por ser mais benéfica ao empregado, em respeito, também, a sua dignidade humana.

A CLT, em seu art. 134, § 3º veda o início do período de férias nos 2 dias anteriores a feriados ou ao repouso semanal remunerado. Disposição esta, já abarcada pelo Precedente Normativo n. 100, da SDC do TST e inexistente na Convenção n. 132 da OIT. Ademais, decorrido o prazo concessivo sem a fruição das férias pelo empregado, incorrerá o empregador em mora, devendo imprimir imediata concessão e efetuar o pagamento do valor devido em dobro (art. 137, CLT).

Noutro ponto, ambos os diplomas garantem ao empregado o direito a percepção indenizatória das férias em valor proporcional ao período trabalhado quando cessado o contrato de trabalho. Nesse seguimento, firma-se a Súmula n. 261, do TST. Contudo, a suscitada regra não se aplica à dispensa por justa causa e seu requisito mínimo é 15 dias de labor (art. 11, da Convenção e arts. 146/147 da CLT).

Ressalta-se não ilustrar óbice à concessão de férias o simples fato de o empregado possuir vínculos empregatícios simultâneos e por derradeiro, também não o é a fruição de férias pertinente a um vínculo enquanto coexiste prática laboral em outro. Sempre que possível os períodos de fruição dos vínculos empregatícios devem conciliar em prol do efetivo descanso remunerado do empregado. Contudo, não sendo possível deverá ser visto como decorrência da escolha/sujeição laborativa do empregado e concernente a sua livre deliberação em observância às peculiaridades inerentes a sua vida (interpretação sistêmica dos art. 13 da Convenção consoante ao art. 138 da CLT).

Ante ao exposto, verifica-se a imprescindibilidade da aplicação do princípio da norma mais favorável ao empregado para que o Direito do Trabalho possa retornar à sua estrutura de proteção ao empregado e não aos interesses do capital.

Referências

- ARIOSI, Mariângela F. *Os efeitos das convenções e recomendações da OIT no Brasil*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21955-21956-1-PB.htm>>. Acesso em: 12 abr. 2019.
- BRASIL. Decreto n. 3.197, de 5 de outubro de 1999. Promulga a Convenção n. 132 da Organização Internacional do Trabalho — OIT sobre Férias Anuais Remuneradas (revista em 1970), concluída em Genebra, em 24 de junho de 1970. *Diário Oficial da União*. Brasília, 5 out. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3197.htm>. Acesso em: 11 abr. 2019.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, 1 de maio 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 11 abr. 2019.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*. Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 abr. 2019.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Precedentes Normativos n. 100. Férias — Início do período de gozo (positivo). *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/PN_com_indice/PN_completo.html#Tema_PN100>. Acesso em: 11 abr. 2019.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 261 do TST. Férias proporcionais. Pedido de demissão. Contrato vigente há menos de um ano. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*. 19, 20 e 21 nov. 2003. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-261>. Acesso em: 11 abr. 2019.
- C132 — Férias Remuneradas (Revista). Disponível em: <http://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235863/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 11 abr. 2019.

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A INTERPRETAÇÃO DO REGIME DE FÉRIAS, NA CLT, A PARTIR DA CONVENÇÃO N. 132 DA OIT

Igor de Oliveira Zwicker

Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará (PA), aprovado em 1º lugar geral; Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (PA), aprovado em 1º lugar geral; Especialista em Economia do Trabalho e Sindicalismo pela Universidade Estadual de Campinas (SP); Especialista em Direito do Trabalho

e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes (RJ); Bacharel em Direito e Especialista em Gestão de Serviços Públicos pela Universidade da Amazônia (PA); Analista Judiciário (Área Judiciária) e Assessor Jurídico-Administrativo do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região (PA/AP); Professor de Direito; Autor do livro “Súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos do TST” (São Paulo: LTr, 2015); tem, até 29.3.2019, oitenta e quatro (84) artigos jurídicos publicados, além de dezenas sobre Língua Portuguesa.

Do ponto de vista material, os tratados internacionais sobre direitos humanos sempre têm natureza constitucional, diante da abertura material da Constituição (art. 5º, § 2º) e da matéria envolvida, tipicamente constitucional (direitos humanos). Do ponto de vista formal, temos o seguinte quadro de situações possíveis (BARRETTO, 2013, p. 88-89):

I) *natureza supraconstitucional*: os tratados valem mais do que a Constituição e, em eventual conflito, prevalecem; II) *natureza constitucional*: os tratados equivalem a normas constitucionais e eventual choque é considerado colisão de normas constitucionais, que devem ser harmonizados em juízo de ponderação, preservando-se e concretizando-se o máximo dos direitos e bens constitucionais protegidos (FARIAS, 1996, p. 98); III) *natureza legal*: os tratados têm mesmo valor das demais leis infraconstitucionais, resolvendo-se o conflito a partir das clássicas regras sobre antinomia e prevalecendo sempre a Constituição; IV) *natureza supralegal*: os tratados estão abaixo da Constituição e se subordinam a ela, mas estão acima da legislação infraconstitucional e prevalecem sobre essas, imprimindo-lhes eficácia paralisante.

A pacificação, quanto à posição hierárquico-normativa, deu-se com o antológico julgamento, pelo STF, ocorrido em 2008⁽¹⁾. Para a Suprema Corte:

I) se são tratados internacionais sobre direitos humanos, aprovados pelo quórum qualificado do art. 5º, § 3º, da Constituição, são equivalentes a emendas constitucionais, ou seja, têm natureza constitucional; II) se são tratados internacionais sobre direitos humanos, não aprovados pelo quórum qualificado, inclusive os já ratificados pelo Brasil antes de 31.12.2004, têm natureza supralegal; III) se são tratados internacionais que não tratam de direitos humanos (ajustes internacionais perante a Organização Mundial do Comércio, por exemplo), têm natureza legal; IV) nenhum tratado internacional tem natureza supraconstitucional.

A partir de então, toda lei ordinária, para ser válida, deve contar com *dupla compatibilidade vertical material*, ou seja, deve ser compatível com a Constituição (controle de constitucionalidade) e com os tratados de direitos humanos em vigor no país (controle de convencionalidade). Se a legislação infraconstitucional é antagônica à Constituição ou a um tratado, não conta

com eficácia prática: a norma superior irradia a eficácia paralisante sobre a norma inferior.

Com relação às convenções da OIT, entende-se que todas tratam sobre direitos humanos dos trabalhadores; ainda que em maior ou menor proporção, o *objeto* de todas é o da proteção à condição humana. Nenhuma delas foi aprovada pelo quórum qualificado, de modo que todas ostentam posição hierárquico-normativa de supralegalidade.

No que tange às férias remuneradas, temos, no âmbito a OIT, a Convenção n. 132, aprovada na 54ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra, 1970), em vigor no plano internacional a partir de 30.6.1973. No Estado brasileiro, a aprovação ocorreu com o Decreto Legislativo n. 47/1981, a ratificação em 23.9.1998 e sua promulgação, no âmbito interno, com o Decreto n. 3.197/1999; a vigência nacional se deu a partir de 23.9.1999.

A partir do julgamento do STF e da reconhecida posição hierárquico-normativa da Convenção n. 132 da OIT, já não subsistem mais fundamentos como aqueles levantados por Marques (2007, p. 79), por exemplo, que identificara antinomias existentes entre a legislação nacional e a Convenção n. 132 da OIT, que seriam dirimidas, no entender da autora, pelo critério cronológico, com a revogação da CLT pela norma posterior.

Em verdade, já não subsiste nenhuma antinomia: a Convenção n. 132 da OIT, de natureza supralegal, irradia eficácia paralisante sobre a CLT, de natureza legal, no que esta se chocar com aquela. A questão, portanto, não é a de “compatibilizar” a Convenção n. 132 da OIT com as regras sobre férias, na CLT — essa última deve obediência àquela, observando-se, porém, a regra do *favor laboris* previsto no art. 19, § 8º, da Convenção da OIT, que consagra, em âmbito internacional, o princípio da norma mais favorável ao trabalhador, nos seguintes termos:

“Em caso algum, a adoção, pela Conferência, de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por um Estado-Membro, de uma convenção, deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores interessados condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação.”

Desse quadro, de necessária dupla compatibilidade material da CLT — com a Constituição e a Convenção n. 132 da OIT —, afere-se, com relação a essa última, em especial, o seguinte:

I — Art. 136, *caput*, da CLT

Sofre eficácia paralisante, pois se choca com o art. 10 da Convenção n. 132 da OIT — a época da concessão

(1) Julgamento conjunto: RE 349703/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, Rel. p./Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 3.12.2008, p. 5.6.2009; RE 466343/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 3.12.2008, p. 5.6.2009 (repercussão geral — mérito); HC 87585/TO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 3.12.2008, p. 26.6.2009; e HC 92566/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 3.12.2008, p. 5.6.2009.

das férias não é a que melhor consulte os interesses do empregador, devendo ser definida após efetiva consulta ao empregado e levar em consideração as necessidades de trabalho e as possibilidades de repouso e diversão ao alcance do trabalhador, individualmente considerado.

II — Art. 130 da CLT

Sofre parcial eficácia paralisante, pois se choca, parcialmente, com o art. 6º, § 1º, da Convenção n. 132 da OIT — o gozo das férias não será em dias corridos, pois não se computam os dias feriados oficiais ou costumeiros no período de gozo das férias (nesse sentido, sobreleva aferir, ainda, que a despeito da Lei n. 9.093/1995, feriados costumeiros, como o Carnaval, ainda que não respaldados em lei federal, não podem ser computados no período das férias).

Não nos sensibiliza, portanto, o art. 134, § 3º, da CLT, com redação dada pela Lei n. 13.467/2017, segundo o qual é vedado o início das férias no período de dois dias que antecede feriado ou dia de repouso semanal remunerado — não só é vedado o início como o *efetivo cômputo*, como visto. Aqui, há mais uma inconvenção flagrante, reforçada, nesse ponto, pela “Reforma Trabalhista”.

III — Art. 131 da CLT

Deve ser lido em consonância com o art. 5º, § 4º, da Convenção n. 132 da OIT, que contém cláusula geral no sentido de desconsiderar como falta ao trabalho, expressamente, toda e qualquer ausência do empregado que se dê por motivos independentes da sua vontade individual.

IV — Art. 134, §§ 1º e 2º, da CLT

Segundo o art. 8º, §§ 1º e 2º, da Convenção n. 132 da OIT, o fracionamento do período de férias anuais remuneradas é permitido, desde que, salvo estipulação em contrário contida em acordo que vincule o empregador e a pessoa empregada em questão, uma das frações do referido período deverá corresponder pelo menos a duas semanas de trabalho ininterruptos.

Nesse ponto, já se entendia pela eficácia paralisante do art. 134, § 2º, da CLT, que proibia o fracio-

namento das férias aos menores de dezoito anos e aos maiores de cinquenta anos. A Lei n. 13.467/2017, nesse ponto, andou bem ao revogá-lo, expressamente.

Ainda, entende-se que a nova regra do art. 134, § 1º, da CLT, que permite o parcelamento — com a concordância do empregado — em até três períodos, sendo que um deles de mínimos quatorze dias corridos, ajusta-se à ideia de duas semanas de trabalho “ininterruptos”, com a ressalva quanto à contagem em dias corridos (nesse ponto, a “Reforma Trabalhista” apresenta uma inconvenção flagrante).

V — Art. 146 da CLT

A resolução do contrato de trabalho por iniciativa do empregador (dispensa do empregado por justa causa) não retira do trabalhador o direito às férias proporcionais. Nesse ponto, o art. 146 da CLT sofre eficácia paralisante, por força do art. 11 da Convenção n. 132 da OIT, no trecho “*desde que não haja sido demitido por justa causa*”.

Registre-se que o TST, ao manter o entendimento contido na Súmula n. 171 da sua jurisprudência uniforme⁽²⁾, mal orienta as instâncias inferiores da Justiça do Trabalho e consolida entendimento francamente inconvenção e contrário a um tratado internacional de direitos humanos em pleno vigor no país.

Referências

BARRETTO, Rafael. *Direitos humanos*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. Brasília: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.

MARQUES, Fabíola. *Férias: novo regime da Convenção n. 132 da OIT*. São Paulo: LTr, 2007.

(2) “*Férias proporcionais. Contrato de trabalho. Extinção*. Salvo na hipótese de dispensa do empregado por justa causa, a extinção do contrato de trabalho sujeita o empregador ao pagamento da remuneração das férias proporcionais, ainda que incompleto o período aquisitivo de 12 (doze) meses (art. 147 da CLT).”

TERCEIRIZAÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO: UMA REFLEXÃO SOBRE A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO E O NÍVEL DE DESEMPREGO NO PAÍS

Matheus Hisashi Miticita

Estudante de Direito na Univem — Diurno, sétimo termo.

Otávio Augusto Custódio de Lima

Graduado em Direito pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (1992). Mestrado em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (2006) e mestrado em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2002). Atualmente é advogado — Escritório de Advocacia Trabalhista, professor titular da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, árbitro da Câmara Arbitral de Marília e Secretário presidente da Executiva da Comissão Justiça e Paz de Marília — São Paulo.

A presente tese faz uma análise sobre a terceirização no país, seu desenvolvimento e a sua relação com o nível de desemprego no país. Embora o movimento pela terceirização não seja recente, pois podemos indicar o seu início mais sistêmico através da adoção de modelo toyotista de produção, que buscava alternativas para inserção de produtos num mercado globalizado, bem como a superação da crise econômica,

No Brasil, podemos estabelecer como um marco para o início da terceirização o ano de 1967, inicialmente direcionado para o setor público, através do Decreto-lei n. 200/1967, embora não utilizasse esta nomenclatura, o seu art. 10 expressamente estabelecia que: “A execução da atividade da administração federal deverá ser amplamente descentralizada”. Ela visava evidentemente uma redução de custos, com o objetivo de permitir uma maior oxigenação dos serviços prestados pela administração pública.

No setor privado, este marco inicial ocorreu em 21 de outubro de 1969, através da Lei n. 1.034/69, que instituiu no setor bancário a possibilidade de os bancos contratarem empresas de segurança, ao invés de proceder a contratação direta destes trabalhadores.

A terceirização sempre teve como um dos pontos mais discutidos a geração de novos postos de trabalho, pois os empresários defendem a implantação da terceirização, negando que pudesse ocorrer uma diminuição do mercado de trabalho, em razão das demissões que ocorreriam em razão do processo de terceirização.

Embora a terceirização tenha sido utilizada com uma forma de diminuição de custos e, também, como ferramenta de gestão para empresa tomadora, com redução de custo sem perda da qualidade, é comum encontrarmos nos serviços prestados pelas empresas de terceirização jornadas mais longas e menores remunerações em relação aos trabalhadores contratados diretamente.

Considerando que a terceirização do trabalho é um processo onde as empresas optam por contratar outra empresa para realização de determinado serviço, em vez de contratarem diretamente os trabalhadores e embora esta prática não signifique que estes empregados não tenham direito garantidos pela legislação, mas a prática tem demonstrado que eles ganham menos, além de evidente enfraquecimento da organização sindical, em razão da pulverização dos trabalhadores em diversas categorias, ao invés de concentração na atividade empresarial do tomador de serviços.

O enfraquecimento da organização sindical decorrente da terceirização é notória, uma vez que o sistema de organização sindical privilegia a categoria econômica e, desta forma, na medida que são permitidas a terceirização das atividades da empresa tomadora, as empresas de terceirização passaram a atuar em diversos seguimentos econômicos, fazendo com que surgissem inúmeras novas categorias de trabalhadores em diversas atividades, o que permitiu uma proliferação desenfreada de novos organismos sindicais, cada um representado, cada vez mais, um menor número de trabalhadores, o que evidentemente reduz a sua base e impacta diretamente a sua capacidade de negociação por melhores condições de trabalho.

Neste contexto, é possível concluir que a terceirização trouxe uma maior precarização da classe operá-

ria, não apenas pelas longas jornadas de trabalho e pela menor remuneração em relação àquela percebida pelos trabalhadores contratados diretamente pelas empresas tomadoras de serviços efetivos, mas, também, pela fragilização da organização sindical destes trabalhadores.

Aliada à situação de fragilização, não podemos ignorar que o desemprego estrutural é uma realidade que atinge a sociedade, sendo que além dos principais setores atingidos: agricultura, prestação de serviços e a indústria, também podemos pontuar que a prestação de serviços terceirizados tem convivido com este problema. Todos sabemos que o desemprego estrutural é aquele que a vaga do trabalhador é substituída por máquinas ou processos modernos de trabalho, que implica que cada vez, com mais frequência, menos trabalhadores sejam necessários para cumprir as atividades desenvolvidas pelas empresas.

Atualmente, é possível apontar que um dos mais graves problemas sociais que emergem no mundo é o denominado desemprego estrutural, o qual é o reflexo da substituição da força humana na produção pelo uso das tecnologias. O desemprego estrutural é considerado o grande desafio a ser enfrentado no capitalismo contemporâneo, isso pelas dimensões que ocupa e pelas diferenças graves que apresentam em relação ao desemprego conjuntural.

Embora o desemprego estrutural seja uma das formas pelas quais o desemprego acontece no mundo, ele é considerado como grave e generalizado, ocorrendo quando há um desequilíbrio entre a oferta e a procura de competências de trabalho, sendo que este desequilíbrio pode ocorrer de formas mais pontuais ou generalizadas, dependendo das dinâmicas econômicas do contexto.

Desde modo, o desemprego estrutural acontece quando a relação entre o número de trabalhadores que o mercado quer contratar é menor do que a oferta de trabalhadores disponíveis ao mercado, ou seja, basicamente, sobram pessoas para trabalhar, mas faltam vagas no mercado de trabalho, levando a um estado de desemprego que é ainda mais grave do que o desemprego conjuntural, porque não gera expectativas de melhorias, já que os postos de trabalho são ocupados por novas tecnologias.

O problema é que no Brasil convivemos com 2 modalidades de desemprego, sendo que o desemprego conjuntural, para nós constitui num cenário bastante comum, especialmente, em contexto de crises econômicas, com a que estamos vivenciando no momento.

Essa forma de desemprego é também conhecida como desemprego cíclico e, como seu próprio nome diz, ela é momentânea, condicionada a um momento histórico. O desemprego conjuntural está relacionado com as variações dos ciclos da economia. Assim, em momentos onde a economia vive uma explosão (*boom* econômico) há uma tendência de aumento da empregabilidade, com elevados índices das atividades da indústria, comércio e agricultura. Com o período de crise, ou recessão, a empregabilidade sofre junto, com o desemprego, há também uma fragilização e comprometimento do poder de compra de pessoas.

No desemprego conjuntural, entende-se que as dimensões estão relacionadas à conjuntura econômica

ca, sendo, portanto, passageiras. Pelo menos na teoria, quando a crise econômica passar as pessoas terão seus empregos novamente.

Porém, na prática, isso não está acontecendo já que os próprios modos de produção estão se modificando, empregando técnicas e mecanismos autônomos ao invés de mão de obra humana. Quando isso acontece, havendo uma substituição do trabalho humano pela força das máquinas, robôs ou quaisquer outras tecnologias, há conseqüentemente um estado permanente de desemprego.

O desemprego no Brasil encontra-se em alarmantes 12,4% (doze vírgula quatro por cento), o que representa um contingente de 13,1 milhões de pessoas, segundo o IBGE. O instituto afirmou que o mercado de trabalho foi afetado pela forte dispensa de funcionários temporários. Hoje o cenário indica que temos 11,1 milhões de trabalhadores sem carteira assinada. Este número é o maior desde o início da série histórica do IBGE, iniciada em 2012.

Outros 4,9 milhões desistiram de procurar emprego, o que foi o maior número desde 2012.

Assim, o cenário que se vislumbra num futuro próximo é que a terceirização não pode e não será

numa solução para o nível de emprego no país, aliás, pelo contrário. Esta prática tem revelado que além de precarizar as condições de trabalho dos empregados, também não significará uma possibilidade de aumento do nível de emprego dos trabalhadores, tendo em vista a realidade do desemprego estrutural que nos afeta.

Referências

CUNHA, Tadeu H. Lopes. Terceirização e seus efeitos sobre os direitos do trabalhador do ordenamento jurídico brasileiro. Dissertação de mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

GIDDNES, Anthony. *Sociologia*. 6. ed. Porto Alegre: Penso, 2011.

GOURNET, Thomas. *Toyotismo na civilização do automóvel*. São Paulo: Boitempo Editorial, 1999.

LEIRIA, Jerônimo. *Terceirização passo a passo o caminho para Administração Pública e Privada*. Porto Alegre: AD Luzzato, 1992.

SÜSSEKIND, J. C. Enunciado n. 256: a mão de obra contratada e empresas de prestação de serviços, *Revista LTr*, 1987.

FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO: UMA REFLEXÃO SOBRE OS SEUS LIMITES, PROTEÇÃO AO TRABALHADOR E A REFORMA TRABALHISTA

Carla Labelle Matias Carnezi

Aluna do Centro Universitário Eurípides de Marília — Univem, cursando o 9º termo do Curso de Direito.

Otávio Augusto Custódio de Lima

Graduado em Direito pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (1992). Mestrado em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (2006) e mestrado em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2002). Atualmente é advogado — Escritório de Advocacia Trabalhista, professor titular da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, árbitro da Câmara Arbitral de Marília e Secretário presidente da Executiva da Comissão Justiça e Paz de Marília — São Paulo.

A reforma trabalhista foi responsável por ampliar a flexibilização da jornada de trabalho, que possui a sua limitação previstas no art. 58, *caput*, da CLT/43 e no art. 7º, inciso XIII, da CF/1988, em 8 horas diárias e 44 horas semanais.

Embora este movimento pela flexibilização da jornada de trabalho, tenha tido o seu início com a própria Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), a qual já dispunha sobre a possibilidade do sistema de compen-

sação, embora com limite semanal, quando houvesse a existência de jornada extraordinária, numa tentativa de se ajustar aos costumes e a crescente demanda por mão de obra.

Referido movimento ganhou força, através da própria Constituição Federal de 1988, permitindo uma ampliação do regime de compensação, através da participação sindical. Como bem apontou Pessanha e Artur (2012), a tentativa de regulamentar e inserir a flexibili-

zação da jornada de trabalho ao contexto do trabalhador brasileiro vem desde o governo de Fernando Henrique Cardoso (1995-2002), com a tentativa de aprovação da Medida Provisória n. 1.053/95:

“O projeto mais audacioso do governo Cardoso, foi o que instituía a prevalência do negociado (diretamente entre trabalhadores e seus patrões) sobre o legislado. Tal mudança abrupta do modelo de relações trabalhistas não vingou graças à firme reação de associações profissionais do setor jurídico e de sindicatos dos trabalhadores e à sua pressão junto ao Congresso Nacional.”

O conceito de flexibilização da jornada de trabalho, possibilita a modulação da carga horária diária, sem que ocorra um acréscimo salarial pelas horas laboradas além dos limites legais e, posterior o empregador, pudesse em momentos de menor demanda, permitir dias ou horas de “não trabalho”, para compensar aquela jornada superior. Sobre o assunto, Leite (2018) explica que:

“Trata-se de um processo de quebra da rigidez das normas, tendo por objetivo, segundo seus defensores, conciliar a fonte autônoma do direito do trabalho, preservando, com isso, a saúde da empresa e a continuidade do emprego.”

Neste mesmo contexto, a Lei n. 13.467/2017, que entrou em vigor no dia 11 de novembro 2017, trouxe mudanças significativas, dentre elas, destaca-se a extensão da flexibilização da jornada de trabalho, em muitos casos sem a necessidade de participação sindical e sem os devidos cuidados com a saúde e segurança do trabalhador.

Necessário ainda destacar, que a mudança da lei ocorreu em meio a instabilidade política enfrentada pelo governo de Michel Temer (2016-2018), adotando-se a reforma como premissa de crescimento e estímulo aos setores industriais.

Incluiu-se ao texto de lei o art. 59-A, o qual foi objeto de discussão e sofreu alterações substanciais ao longo de sua vigência. A primeira alteração notória foi a redação dada pela Medida Provisória n. 808/2017, a qual previa faculdade às partes, por meio de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação. O dispositivo, ainda, era acompanhado pelos §§ 1º e 2º.

O § 1º tratava da remuneração mensal pactuada pelo horário, prevista no *caput*, abrangendo os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados, considerando os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando tivessem incidência no art. 70 e § 5º do art. 73, da CLT.

Já o § 2º facultava às entidades atuantes no setor de saúde estabelecer, por meio de acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, também observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação.

Entretanto, a medida provisória não foi votada pelo Congresso Nacional e com isso deixou de produzir efeitos, ocasionando na manutenção da redação original do art. 59-A, *caput* e na exclusão dos §§ 1º e 2º.

No art. 59-A, *caput*, incluído pela Lei n. 13.467/2017, o acordo individual escrito entre as partes, empregador e empregado, passou a ter força de lei, sendo que a insalubridade poderá ser medida pelo empregador e não mais pelas autoridades administrativas do Ministério do Trabalho, destoando do art. 60, *caput* da CLT.

Foi mantido o *caput* do art. 60 da CLT, sendo-lhe incluído parágrafo único, o qual prevê que, excetuando-se da exigência de licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho as jornadas de doze horas de trabalho por trinta e seis horas ininterruptas de descanso.

Esta situação, que evidentemente coloca a saúde dos trabalhadores, em jornadas diárias mais extensas (12 horas), em situação maior de risco, não só de acidentes típicos de trabalho, mas também sujeitos a contraírem patologias decorrentes de trabalho, já que o ambiente de trabalho é nocivo à saúde, em razão da existência de agentes agressivos.

Além disso, essa precariedade é reforçada através do art. 611-A, incisos I e XIII da CLT, prevendo que os acordos e convenções coletivas terão prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre o pacto quanto à jornada de trabalho, incluindo a prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho.

Ensina Martinez (2018), que o inciso XIII, do art. 611-A da CLT, inovou ao aceitar a prorrogação de jornada em ambientes insalubres. O autor expõe que:

“Esse último ponto surpreende por presumir-se que os sujeitos das relações coletivas (empresas, sindicatos patronais e sindicatos operário) *têm conhecimento técnico suficiente para autorizar a prorrogação de jornadas e para descartar a tomada de licença prévia das autoridades administrativas do Ministério do Trabalho*, consoante prevista no art. 60 da CLT.” (Destaque nosso)

A previsão do art. 611-A da CLT mitiga o Princípio da Proteção ao Trabalhador, o qual cria o direito do trabalho, sendo certo que o trabalhador carece de maior proteção por ser a parte mais vulnerável.

Diante do exposto, percebemos que a reforma trabalhista permitiu a total flexibilização da jornada de trabalho, prorrogando o poder de decisão ao empregador, priorizando o que foi estipulado em acordo individual escrito, acordo coletivo e convenção coletiva sobre a lei.

No entanto, evidente que esta permissão irá colocar a saúde e consequentemente a qualidade de vida dos trabalhadores, em médio e longo prazo, em risco, caracterizando-se numa verdadeira “bomba relógio social”, pois referidos trabalhadores, expostos em jornadas mais extensas e extenuantes, em locais insalubres, evidentemente fará com que os mesmos, ao longo do tempo adoecem, se tornem incapazes para o trabalho e necessitem ser amparados pelos programas sociais, especialmente pela previdência social.

Portanto, necessário e urgente o debate sobre esta flexibilização da jornada de trabalho, sem critérios e sem preocupação com a saúde do trabalhador no futuro, tendo em vista as inúmeras consequências negativas que esta situação poderá acarretar, não somente a vida dos trabalhadores, mas também de toda a sociedade brasileira.

Referências

- PESSANHA, Elina G. F.; ARTUR, Karen. *Direitos trabalhistas e organização dos trabalhadores num contexto de mudanças no mundo do trabalho: efeitos sobre os trabalhadores da saúde*. Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Antropologia, Instituto de Filosofia e Ciências Sociais, Universidade Federal do Rio de Janeiro, ano 2012.
- LEITE, Carlos H. B. *Curso de direito do trabalho*. 9 ed. Saraiva, 2018.
- MARTINEZ, Luciano. *Reforma Trabalhista: entenda o que mudou — CLT comparada*. 2. ed. Saraiva, 2018.

O DIREITO À DESCONEXÃO DO TRABALHADOR

Maíra Brecht Lanner

Mestre em Direito (UFRGS — 2019), com especialização em Direito Ambiental Nacional e Internacional (UFRGS — 2012), bacharelado em Direito (Uniritter — 2015) e em Ciências Biológicas (UFRGS — 2011).

Bruna Dier

Mestre em Direito (UFRGS — 2019), com especialização em Direito do Estado (UFRGS — 2018) e Direito e Processo Penal (IMED — 2017), bacharelado em Direito (Uniritter — 2007).

A separação da vida pessoal da vida profissional ficou mais tênue. As novas tecnologias permitem que o trabalhador esteja conectado ao ambiente de trabalho constantemente, o que pode ter como consequência jornadas sem limite, “[...] uma vez que, por meio da tecnologia, não estamos mais restritos ao local físico da empresa e tão pouco, ao seu horário de funcionamento para exercer nossas atividades cotidianas” (MARDERS e KUNDE, 2017, p. 128).

O art. 75-B da CLT, introduzido pela reforma trabalhista (Lei n. 13.467, de 2017), tipificou este labor com uso de tecnologia como 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. Ainda, o parágrafo único do art. 75-B traz 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.

Marders e Kunde apontam, nesse modelo de trabalho, a possibilidade de afronta à dignidade da pessoa humana, pois as novas tecnologias permitem uma disponibilidade permanente do trabalhador, impedindo que se desligue de sua atividade diária. Segundo as autoras, “[...] o repouso do trabalhador é um dos elementos de uma existência digna, caracterizando a expressão de um direito à desconexão e ao lazer” (MARDERS e KUNDE, 2017, p. 130). O trabalhador tem direito a se desconectar do trabalho, ou seja, tem direito à vida privada e ao descanso efetivo do controle do empregador.

O trabalhador tem direito à jornada de trabalho definida para que saiba que quando não estiver dentro

da sua jornada de trabalho, ele poderá se autodeterminar, inclusive exercendo o direito ao lazer. Ou seja, nessa jornada de 44 horas semanais, haverá momentos em que o trabalhador estará em seu período de descanso. A importância da desconexão — do descanso do trabalhador — é reconhecida em documentos internacionais, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 24) e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 7º):

“Art. 24. Todas pessoas têm direito ao repouso e aos lazes e, especialmente, a uma limitação razoável da duração do trabalho e a férias periódicas pagas.

Art. 7º Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis que assegurem especialmente: [...] d) O descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feriados.”

Perceba-se que se trata de uma preocupação de plano internacional na perspectiva de tutela e proteção dos direitos humanos e do trabalhador; é um problema de saúde pública. Nesse ponto, cabe perguntar-se como o direito à desconexão se aplica àqueles trabalhadores que não têm controle de jornada, como é o caso do teletrabalhador. Como permitir que esses empregados se desconectem se a própria CLT permite o labor com ausência de controle de jornada (art. 62 da CLT)? É possível garantir o descanso e a limitação de jornada nesses casos?

A utilização das tecnologias de informação e comunicação para o trabalho pode flexibilizar a jornada, com efeitos no número de horas trabalhadas e na produtividade do teletrabalho. No entanto, os teletrabalha-

dores foram excluídos do controle de jornada pelo art. 62 da CLT, ou seja, a eles não se aplica a regra de jornada de 8 horas diárias e de 44 horas semanais prevista no art. 7º da Constituição Federal. Para Melo (2017, p. 117), esta exclusão do teletrabalhador do controle de jornada está em desconexão com a nova realidade tecnológica. O autor observa que por mais que os meios informatizados possam estabelecer flexibilidade na rotina do trabalhador, ampliam a possibilidade de também haver uma maior fiscalização do trabalho. Acrescenta ainda que o art. 62 constitui uma lacuna ontológica e gera conflito direto com direitos fundamentais previstos na Carta Magna, entre eles o direito à sadia qualidade de vida no âmbito laboral.

Em relatório recente sobre saúde do trabalhador, a OIT (2019) destaca a possibilidade de o teletrabalho aumentar alguns riscos psicossociais, como sentir-se disponível a todo momento perante o empregador, gerando um desequilíbrio entre a vida profissional e vida pessoal; sentir-se em isolamento constante, pois o trabalho remoto gera a falta de interação social; sentir-se controlado quanto à sua produtividade, ou seja, uma maior pressão para melhorar o desempenho; a possibilidade de *cyberbullying*⁽¹⁾, bem como o próprio vício em tecnologias.

O “estar vigilante” e conectado deve ter um limite para que não se comprometa a saúde do trabalhador. A Súmula n. 428 do TST considera em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso. Este permanente sobreaviso impede a vida de descanso e lazer do empregado; é necessário desconectar-se. Nesse sentido, o Tribunal Superior do Trabalho tem se posicionado a favor da desconexão do ambiente de trabalho, como demonstrado no julgado abaixo:

“[...] a concessão de telefone celular ao trabalhador não retira deste seu direito ao recebimento das horas relativas ao sobreaviso, pois a possibilidade de ser chamado em caso de urgência por certo que limita a liberdade de locomoção do reclamante e lhe retira o direito à desconexão do trabalho”. (TST, Recurso de Revista 64600-20.2008.5.15.0127)

Logo, o próprio TST já caminha no sentido de reconhecer o direito à desconexão. Direito ao não trabalho é direito ao descanso, ao lazer, expresso no art. 6º da Constituição Federal: o trabalho e o lazer são direitos sociais.

(1) A Lei n. 13.185, de 6 de novembro de 2015, conceituou *cyberbullying* como “intimidação sistemática na rede mundial de computadores, quando se usarem os instrumentos que lhe são próprios para depreciar, incitar a violência, adulterar fotos e dados pessoais com o intuito de criar meios de constrangimento psicossocial”.

Referências

- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 jul. 2018.
- BRASIL. Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 20 nov. 2018.
- BRASIL. Lei n. 13.185, de 6 de novembro de 2015. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113185.htm>. Acesso em: 30 abr. 2019.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 64600-20.2008.5.15.0127. Recorrente: Elektro Eletricidade e Serviços LTDA. Recorrido: Itamar Castelli Domingues Reigota. Relatora: Des. Maria Laura Franco Lima de Faria. Brasília, 27 jun. 2012. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProcInt=2011&numProcInt=109499&dtPublicacaoStr=29/06/2012%2007:00:00&nia=5708304>>. Acesso em: 15 dez. 2018.
- FINCATO, Denise Pires. Internet e relação de emprego: reflexões sobre espionagem e o *cyberbullying*. *Justiça do Trabalho*, ano 26, n. 305, mai./2009.
- MELO, Sandro Nahmias. Teletrabalho e controle de jornada. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães; TREVISIO, Marco Aurélio Marsiglia; FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho (Orgs.). *Reforma trabalhista: visão, compreensão e crítica*. São Paulo: LTr, 2017.
- MARDERS, Fernanda; KUNDE, Bárbara Michele Moraes. O direito de desconexão no teletrabalho como concretização do princípio da igualdade na sociedade contemporânea. In: COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende; ESTRADA, Manuel Martín Pino (Coords.). *Teletrabalho*. São Paulo: LTr, 2017.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2018.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Seguridad y salud en el centro del futuro del trabajo: aprovechar 100 años de experiencia*. Ginebra, 2019. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_686762.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2019.

PRINCIPAIS MODELOS DE ORGANIZAÇÃO SINDICAL NO MUNDO E O MODELO SINDICAL MAIS ADEQUADO AO DIREITO BRASILEIRO

Roberta Castro Lana Linhares

Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto.
Mestranda em Direito (“Novos Direitos, Novos Sujeitos”) pela Universidade Federal de Ouro Preto. Integrante do Grupo de Estudos em Direito do Trabalho da UFOP.

O Direito Coletivo do Trabalho tem como sujeito essencial de sua composição o sindicato. O sindicato é considerado um meio de defesa dos interesses profissionais dos trabalhadores e por isso, uma base sindical forte é de grande importância tanto social quanto laboral.

Sobre os principais modelos de organização sindical no mundo destacam-se quatro, sendo eles: sindicato por categoria profissional, sindicato por ofício ou profissão, sindicato por empresa e finalmente, sindicato por ramo empresarial de atividades. O presente trabalho se propõe a estudar brevemente cada um dos quatro modelos de organização sindical elencados acima e destacar qual o modelo sindical seria mais adequado ao contexto justrabalhista brasileiro.

No Direito Coletivo do Trabalho Brasileiro existem dois modelos sindicais, sendo o sindicato por categoria profissional e sindicato por ofício ou profissão.

O sindicato por categoria profissional está disposto no art. 511, § 2º da CLT e trata-se da regra geral brasileira, por representar o conjunto mais significativo dos sindicatos no Brasil (ALVES, 2013). Esse modelo de organização sindical é também conhecido como sindicato vertical pois, como a agregação sindical por categoria profissional é caracterizada pela vinculação a atividade econômica preponderante do contratante, o sindicato é vertical por abranger verticalmente os trabalhadores que desenvolvem seu labor em atividades economicamente afins, observando, para tanto, aquilo que empreende ou desenvolve o seu empregador. Portanto, o modelo de organização sindical por categoria profissional é diretamente relacionado à atividade da econômica do empregador.

O sindicato por ofício ou profissão é também conhecido como sindicato por categoria profissional diferenciada. O referido modelo sindical está disposto no art. 511, § 3º da CLT e agrega trabalhadores que exerçam profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional ou por possuírem condições de vida singulares. Como visto anteriormente o sindicato por ofício ou profissão trata-se da exceção no ordenamento jurídico brasileiro. Esse modelo é conhecido como sindicato horizontal uma vez que apresenta extensão horizontal por reunir trabalhadores com a mesma pro-

fissão, mesmo que laborem em diferentes empresas ou ramos empresariais distintos. Esse tipo de sindicato não se influencia pela atividade econômica explorada pelo empregador, mas sim pela profissão do trabalhador representado, ou seja, por estatuto profissional ou condições de vida semelhantes.

Por sua vez o modelo sindical por empresa ou “sindicalismo por empresa” é formado pela agregação dos trabalhadores tendo em vista a empresa a qual se vinculam. O sindicato por empresa é destaque no modelo sindical norte-americano (DELGADO, 2018). Segundo Mauricio Godinho Delgado “a estruturação sindical por empresa tem sido criticada por reduzir a possibilidade de generalização de conquistas trabalhistas para um âmbito econômico-profissional mais amplo, enfraquecendo o papel progressista do Direito do Trabalho” (DELGADO, 2018, p. 1585). A crítica a esse modelo de organização sindical está no fato de que os direitos por ventura conquistados, estariam limitados aos trabalhadores de determinada empresa. As conquistas dos trabalhadores de uma pequena empresa teriam um alcance muito limitado tendo em vista o número de empregados de uma grande indústria, por exemplo.

Por fim, tem-se o modelo de organização sindical por ramo empresarial de atividades, como por exemplo sindicato dos trabalhadores na indústria, sindicato dos trabalhadores no comércio, entre outros. Esse modelo de organização sindical é destaque no Direito Alemão.

Sobre o sindicato por ramo empresarial de atividades, Amauri Cesar Alves (2015, p. 122) dispõe:

“A Alemanha, exemplificativamente, fomenta a existência de poucos porém gigantescos sindicatos, concentrando a representação trabalhista na indústria, no comércio, nos serviços, no setor agropecuário e no setor financeiro. Tende tal sistema a possibilitar maiores ganhos para os trabalhadores, vez que a força dessas grandes estruturas representativas é proporcional ao número de representados.”

No mesmo sentido, Mauricio Godinho Delgado (2018, p. 1.586):

“Este critério de agregação sindical favorece a criação de grandes sindicatos, que tendem a ser significativamente fortes, dotados de grande abrangência ter-

ritorial, seja regional ou até mesmo nacional, com sensível poder de negociação coletiva, em qualquer âmbito geográfico que se considere, perante qualquer empresa ou entidade representativa empresarial. (...) O presente tipo de agregação sindical tende a levar ao máximo as vantagens do sindicalismo para os trabalhadores, potencializando também o papel progressista e generalizante do Direito do Trabalho. Ele também favorece a solidariedade entre empregados de empresas distintas, atenuando as perspectivas estritamente individualistas de atuação sindical. Em síntese, a força organizativa dos sindicatos resultantes deste critério permite o mais perfeito cumprimento do princípio da real equivalência entre os contratantes coletivos.”

Os citados autores destacam as vantagens do modelo de sindicalismo alemão para a representação laboral do trabalhador. O sindicato por ramo empresarial de atividades permite uma maior representação dos interesses dos trabalhadores por se tratar de grandes sindicatos que proporcionam a efetiva negociação e o cumprimento do princípio da equivalência entre os contratantes coletivos. Além disso, no sindicato por ramo empresarial de atividades não seria cabível a crítica feita aos sindicatos por empresa de que enfraqueceriam a função progressista do Direito do Trabalho, ao contrário, o modelo sindical alemão permite o efetivo cumprimento do papel progressista e generalizante do Direito do Trabalho.

Os trabalhadores brasileiros vêm sofrendo com a precarização, flexibilização e desregulamentação das normas que dizem respeito às relações de trabalho, principalmente após o advento da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017). Uma base sindical forte é de extrema importância para melhores condições laborais além de propiciar a valorização social do trabalho, conforme dispõe a Constituição da República de 1988.

Pelas razões expostas, dentre os modelos de organização sindical dispostos, o que melhor se adequaria a realidade brasileira para aumentar a representatividade do trabalhador frente a seu empregador e permitir a melhoria das condições de pactuação da força de trabalho, é o sindicato por ramo empresarial de atividades.

Referências

- ALVES, Amauri Cesar. *Direito do trabalho essencial: doutrina, legislação, jurisprudência, exercícios*. São Paulo: LTr, 2013.
- _____. Relações contratuais paralelas. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre, n. 35, p. 178-198, dez. 2016.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.

NEGOCIAÇÃO COLETIVA: UMA INVESTIGAÇÃO ACERCA DA FLEXIBILIZAÇÃO PROMOVIDA PELA LEI N. 13.467/2017, SEUS LIMITES E CONSEQUÊNCIAS

Juliana Prates Matos de Oliveira

Graduanda do Curso de Direito na instituição Centro Universitário Eurípedes Soares da Rocha – UNIVEM.

Otávio Augusto Custódio de Lima

Graduado em Direito pela Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha (1992). Mestrado em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (2006) e mestrado em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2002). Atualmente é advogado – Escritório de Advocacia Trabalhista, professor titular da Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha, árbitro da Câmara Arbitral de Marília e Secretário presidente da Executiva da Comissão Justiça e Paz de Marília – São Paulo.

Introdução

A Consolidação das Leis do Trabalho, com o advento da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017) foi alterada substancialmente, ocasionando muitas dúvidas e inseguranças acerca de diversos temas, dentre eles, o da negociação coletiva, tendo em vista a possibilidade do negociado ter prevalência sobre a norma legislada.

Sabemos, que a negociação coletiva pode resultar em duas modalidades de solução de conflitos: acordo coletivo e convenção coletiva, diferenciados por sua abrangência.

O acordo coletivo de trabalho está assegurado no art. 611, § 1º, da CLT e é conceituado como sendo um “negócio jurídico extrajudicial efetuado *entre sindicato dos empregados e uma ou mais empresas*, em que se esta-

belecem condições de trabalho” o qual “*obriga as partes acordantes dentro do período de vigência predeterminado e na base territorial da categoria*”. (grifos nossos) (CASSAR, 2018, p. 272)

Em contrapartida, a convenção coletiva de trabalho, está assegurada no art. 611, *caput*, da CLT. É também considerada um negócio jurídico extrajudicial, porém, se diferencia do último por ser *pactuado entre o sindicato dos empregados e o sindicato dos empregadores, estabelecendo condições de trabalho para toda a categoria*, possuindo, da mesma forma, vigência temporária e aplicação apenas na base territorial da categoria dos respectivos sindicatos. (grifos nossos) (CASSAR, 2018, p. 272)

Os dispositivos legais, acima mencionados, indicam que a entidade Sindical, possui posição de protagonista, na representação dos empregados da categoria, nas negociações coletivas.

Nas ilustres palavras de Mauricio Godinho Delgado, para uma melhor abordagem do tema, sindicatos são “entidades associativas permanentes, que representam, respectivamente, trabalhadores, “*latu sensu*”, e empregadores, visando a defesa de seus correspondentes interesses coletivos.” (DELGADO, p. 1.259).

Mudanças na CLT

Verifica-se que uma das inovações da nova redação dada a CLT, prevista no art. 611-A, *caput*, foi justamente uma ampliação do poder de negociar dos sindicatos, uma vez que expressamente o legislador permitiu que fosse dada prevalência ao negociado, sobre a lei:

“Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, *entre outros*, dispuserem sobre (...)” (grifo nossos)

Há de se observar que o termo “entre outros” utilizado pelo legislador, abrange irrestritamente as possibilidades de negociações coletivas, ocasionando uma enorme vulnerabilidade jurídica, já que os sindicatos passam a ter como limite apenas as matérias previstas no art. 611-B da CLT e, logicamente, como o referido rol é taxativo, quaisquer outras situações não previstas no referido artigo, poderiam ser objeto de livre negociação pelos sindicatos.

Assim, ao alçar as negociações coletivas a um “*status*” maior do que a da própria lei, concedendo um poder mais amplo de negociação, relegando para um “segundo plano” alguns dos princípios norteadores que regem o Direito do Trabalho, tais como, o princípio da condição mais benéfica ao trabalhador, o princípio da inalterabilidade contratual *in pejus*, o princípio da integralidade, intangibilidade e da irredutibilidade salarial, entre outros, além de, evidentemente, causar uma maior flexibilização das próprias leis trabalhistas em prol do denominado “interesse coletivo”.

Desta forma, apresenta-se um cenário de insegurança jurídica, pois os sindicatos, que historicamente deveriam atuar na proteção dos seus representados, podem atuar para precarizar as condições de trabalho, sendo que esta piora teria validade jurídica, pelas novas regras trazidas pela reforma trabalhista.

Desvantagens

Ao analisarmos o conceito e a razão da existência dos sindicatos, constatamos, de forma geral, ser algo

positivo para a vida em sociedade, principalmente no âmbito do trabalho, onde o empregador tem mais poder de barganha que o empregado, ficando este coagido e submetido, muitas vezes, a condições desumanas por medo de perder seu emprego e conseqüentemente o seu meio de subsistência.

Infelizmente, nos dias de hoje, muitos dos sindicatos são “mal conduzidos pelos seus próprios líderes ou influenciados por aventureiros políticos” que pretendem “colocar-se acima das instituições ou substituí-las sob os rótulos de conceituação meio imprecisa de “república sindicalista” ou “Estado sindical”, que representam uma evidente subversão do regime democrático”, o que é reprovável, já que “a intromissão da política e dos políticos na vida dos sindicatos cria um dos mais sérios problemas”, porque, rapidamente, “os agrupamentos profissionais se convertem em instrumentos a serviço de interesse de bastardos em vez de defender os verdadeiros interesses profissionais”. (TEIXEIRA, SÜSSEKIND, p. 1.086-1.087)

Sobre isto, Arnaldo Süssekind esclarece de forma precisa em sua obra *Instituições de Direito do Trabalho*:

“Na maioria dos casos, não são os sindicatos que se lançam à política, mas os políticos é que invadem os sindicatos para arrastá-los para seus objetivos de mando, como vimos em nosso país, especialmente com as arremetidas para criar uma “república sindicalista” de origem suspeitosa e finalidade ainda mais suspeita”. (TEIXEIRA, SÜSSEKIND, p. 1.088)

Reflexão sobre a ampliação do poder sindical

Destarte, ao analisarmos os sindicatos mais profundamente e com outra perspectiva, constatamos que, por mais que este tenha como intuito ajudar o trabalhador, ele pode sim ser vulnerável às tentações, como é o caso da influência política, mesmo tendo como proibida nas alíneas *d* e *e* do art. 521 da CLT como condição para o funcionamento do sindicato, o que é muito preocupante já que o art. 8º, I, da Carta Magna de 1988 e, recentemente, com os arts. 8º, § 3º e 611-A da CLT/2017 houve uma maior extensão à autonomia das entidades sindicais ao vedar ao Estado, cada vez mais, a interferência e a intervenção na organização sindical em razão do princípio da autonomia sindical. (DELGADO, p. 1.268).

Aliado a este cenário, temos uma taxa de filiação baixíssima, que contribui para o seu enfraquecimento e considerando, que a reforma trabalhista, estabeleceu o fim da contribuição sindical compulsória, a hipótese de fragilização da atividade sindical, fica mais evidente, o que por óbvio o tornará mais suscetível às “tentações” de desvirtuamento de suas finalidades.

Eis o grande paradoxo existente no contexto atual, pois por um lado a Reforma Trabalhista consentiu que os sindicatos fossem os protagonistas das negociações coletivas, permitindo estabelecer condições contrárias a própria lei (tudo em nome do chamado interesse coletivo, independentemente dos princípios que sempre nortearam o Direito do Trabalho), passando a imagem que os Sindicatos saíram fortalecidos neste novo cenário, porém, por outro lado temos este mesmo sindicato, fragilizado pelo ínfimo interesse da categoria em se associar, aliada a uma condição financeira pré-falimentar.

Evidente que com estes ingredientes, as negociações coletivas, num futuro muito próximo perderão totalmente a sua primeira motivação (pacificação de conflitos coletivos e melhora das condições de trabalho dos representados), para assumir o posto de um instrumento legal, que permite a precarização dos direitos dos trabalhadores.

Referências

Constituição Federal/1988. Comentada pelo Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp#135>>.

CLT/2017. Lei n. 13.467/2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>.

CASSAR, Vólia Bonfim. *Direito do trabalho*. De acordo com a reforma trabalhista. 16. ed. São Paulo: Método, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: LTr, 2000.

DA AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA AO LEGISLADO SOBRE O NEGOCIADO

Ana Virginia Porto de Freitas
Advogada.

A autonomia privada coletiva consiste no poder jurídico conferido a determinados grupos sociais de criar normas jurídicas para regulamentação dos interesses da respectiva coletividade. A ordem jurídica, assim, reconhece a tais grupos sociais a legitimidade de sua representação e a liberdade de auto-organização e autogestão. Ao estabelecer entre os direitos dos trabalhadores o reconhecimento das convenções e dos acordos coletivos de trabalho e prescrever a participação obrigatória dos sindicatos consolidou a autonomia privada coletiva (SANTOS, 2009, p. 85). Destaca-se que o modelo de autonomia privada coletiva adotado no Brasil, apesar de valorizar as negociações coletivas, mantém alguns pilares corporativistas, tais como o poder normativo, a unicidade sindical e o sistema de unicidade e de enquadramento sindical, acrescentando que este modelo tem propiciado um cenário de negociações coletivas às vezes extremamente danosas aos trabalhadores, em vista da falta de efetiva representatividade dessas entidades. É e nesse cenário que a Reforma Trabalhista insere o princípio da prevalência do negociado sobre o legislado. O fato é que não haveria autonomia privada coletiva e nem poderiam existir os seus produtos – os acordos e convenções coletivas. Há inúmeras críticas ao modelo sindical atual que mantém bases corporativistas do Direito do Trabalho brasileiro. Com efeito, embora a autonomia sindical e a valorização da negociação coletiva, consagradas na Constituição de 1988, tenham marcado os avanços democráticos, ainda não se implementaram a erradicação de institutos e normas típicas do autoritarismo, o que contribuiu para um sistema sindical inadequado e sem representatividade, que, muitas vezes, impede o fluxo da própria negociação coletiva. Por outro lado, a dificuldade de discussão da questão no Brasil, além de residir no fato de a autonomia privada coletiva ser vista com desconfiança em face

da falta de representatividade dos sindicatos brasileiros, constantemente perpetuada pela estrutura sindical vigente, também encontra obstáculos na própria Lei de Greve, que engessa o movimento paredista dos trabalhadores, enquanto instrumento de pressão e equilíbrio das relações negociais. A realidade dos sindicatos milita contra a ideia de representatividade das negociações coletivas. Há baixa filiação e falta de compromisso dos trabalhadores com as práticas sindicais, o que gera retração do movimento reivindicativo. Andrade (2005, p. 258) atribui essa dificuldade, dentre outras causas, à inadaptabilidade do discurso sindical à nova estrutura do mundo do trabalho, transformado pela globalização e novas tecnologias.

O pluralismo normativo não representa apenas a coexistência de variados centros de posituação jurídica numa mesma sociedade, mas também enseja a possibilidade, concretamente presente, de uma mesma situação se encontrar submetida a mais de uma espécie de norma, o que leva à indagação sobre qual ou quais normas devam ser aplicadas no caso concreto. A prevalência do negociado sobre o legislado veio responder a essa questão, equacionando, em tese, situações de insegurança jurídica. Mas há de se verificar a questão a partir da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Queiroz Júnior (2006, p. 176), dissertando sobre direitos fundamentais dos trabalhadores, explica que, após o advento da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, que introduziu o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal, o sistema jurídico brasileiro passou a admitir a existência de um conjunto de direitos e princípios na ordem constitucional, apesar de não integrarem formalmente a Constituição. É a teoria que preleciona o conceito de “Bloco de Constitucionalidade”. Com efeito, o art. 5º, § 2º da Constituição Federal, albergou o conceito material de direitos

fundamentais, possibilitando o reconhecimento de direitos que, pela relevância de seu conteúdo ou objeto, passem a pertencer ao conjunto constitucional no sentido material, apesar de não estarem inscritos na Constituição formal. A ordem constitucional abrange, nessa linha, além do texto constitucional, as Disposições Constitucionais Transitórias, as emendas constitucionais, as normas advindas dos tratados e convenções internacionais que tratem de direitos humanos, princípios gerais e até mesmo normas infraconstitucionais que versem sobre direitos fundamentais. De outro lado, afirma o *caput* do art. 7º da Constituição Federal que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”, admitindo, portanto, a existência de outros direitos fundamentais dos trabalhadores além daqueles arrolados em seu texto. Admitidos como direitos fundamentais, os direitos sociais dos trabalhadores atraem a aplicação do princípio da proibição do retrocesso social, o qual impede a adoção de medidas legislativas que pretendam atingir algum direito fundamental, sem a criação ou previsão de esquemas alternativos ou compensatórios, que impliquem a preservação do núcleo essencial do respectivo direito fundamental. Note-se que o mencionado princípio não propõe o engessamento do núcleo essencial de direitos fundamentais, mas estabelece tal núcleo como parâmetro indispensável para as eventuais adequações normativas, que devem ocorrer com razoabilidade e dentro de uma esfera de proporcionalidade dos elementos integrantes do núcleo essencial, fornecido na norma que assegura o direito fundamental (QUEIROZ JÚNIOR, 2006, p. 169). O princípio constitucional mencionado é implícito, porém, bem visível, notadamente, no sistema de compensação previsto no inciso XIII, do art. 7º, da Carta Magna. Este raciocínio deve ser utilizado, não apenas para alterações oriundas de lei, mas também para hipóteses decorrentes de convenções e acordos coletivos, como por exemplo, a redução do percentual de adicional noturno em convenção coletiva de trabalho. Isto porque, os direitos fundamentais, como garantias institucionais, objetivam tutelar institutos de Direito Público e Privado. Nesse sentido, a doutrina vem destacando uma conotação objetiva dos direitos fundamentais, que têm significado e relevância para a coletividade, e não apenas um viés subjetivo, voltado unicamente para os indivíduos (QUEIROZ JÚNIOR, 2006, p. 55).

Como consequência disso, tem-se que os direitos fundamentais deverão ser utilizados como parâmetro para aferição da constitucionalidade, não apenas de leis, mas também para dos demais atos de natureza privada, vinculando a constitucionalidade das relações entre particulares. o que a doutrina denomina de eficácia horizontal ou externa dos direitos fundamentais dos trabalhadores, ou seja, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais dos trabalhadores, de modo que, tal dimensão objetiva dos direitos fundamentais alcança, não somente os atos normativos de origem pública, mas também as emanações legislativas das entidades privadas, tais como convenções e acordos coletivos (QUEIROZ JÚNIOR, p. 140-143). Nessa linha, deve-se pontuar que as previsões contidas nos incisos VI e XXVI, do art. 7º, da Constituição Federal não entram em conflito com o necessário controle de constitucionalidade das normas decorrentes de pactos coletivos. O direito fundamental das categorias organizadas à negociação coletiva assegurado nas referidas normas consti-

tucionais configura direito fundamental à proteção da liberdade dos indivíduos em relação a uma postura do Estado. Representa, na verdade, garantia a não interferência na livre negociação coletiva, porquanto, integra o grupo dos direitos fundamentais de defesa, por assegurar o absentismo estatal. Com efeito, o inciso VI do art. 7º, da Carta Constitucional, ao erigir a autonomia privada coletiva, igualmente não afasta o controle de constitucionalidade da norma advinda de pacto coletivo, exatamente pela indispensável aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que são princípios estreitamente relacionados ao princípio da dignidade da pessoa humana.

De modo que, o legislador, ao assegurar o valor da hora noturna em quantia superior à hora diurna, reconhece o labor noturno como labor mais prejudicial à saúde do trabalhador, e, por consequência, a relevância do conteúdo da norma gizada, o que remete sua valoração a um conteúdo de direito fundamental, apto a assegurar a dignidade do trabalhador. É de se concluir, portanto, que a norma que assegura o direito à percepção de adicional noturno de 20% sobre o valor da hora normal e a duração da hora noturna em 52 minutos e trinta segundos, assim entendida como norma veiculadora de direito fundamental do trabalhador, integra, apesar de infraconstitucional, o bloco normativo que serve de parâmetro para a aferição da constitucionalidade dentro do ordenamento jurídico.

De tal sorte que, qualquer redução do percentual remuneratório da hora noturna deve necessariamente ser acompanhada de medida compensatória suficiente para garantir a higidez do núcleo essencial do direito fundamental, sob pena de atingir norma integrante do bloco de constitucionalidade e atrair para si a pecha da inconstitucionalidade.

A inconstitucionalidade, então, fulminaria totalmente a norma coletiva que hipoteticamente prevê a redução do adicional noturno sem fornecer a categoria atingida medida compensatória por tanto, eis que haveria a degeneração do próprio direito fundamental do trabalhador em seu núcleo essencial, o que é recriminado pelo princípio da proibição do retrocesso social.

Referências

- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Direito sindical*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- CREPALDI, Donizete J. *O princípio de proteção e a flexibilização das normas do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- _____. *Direito coletivo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. *Compêndio de direito sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2001.
- QUEIROZ JÚNIOR, Hermano. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2006.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *O moderno direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1994.

SANTOS, Ronaldo Lima. *Teoria das normas coletivas*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000.

URIARTE, Oscar Ermida. *A flexibilidade*. São Paulo: LTr, 2002.

REFLEXÕES SOBRE AS CRISES DO SINDICALISMO CONTEMPORÂNEO E OS IMPACTOS NO DIREITO SINDICAL

Sávio Delano

Advogado, com Graduação em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Pós-graduado (*Lato Sensu*) em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela FADEPE e em Finanças Corporativas pela UNICAP. Atualmente é Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (PPGD-UFPE). Ex-Bolsista de Iniciação Científica (PIBIC-UNICAP). Assessor jurídico de Sindicatos (Sindfort/PE, Sinpc, Sindguardas/Ipojuca, Sisemcg, Sindjud/PE). Membro do Conselho Fiscal da Oscip Associação Rodas da Liberdade. Possui trabalhos científicos publicados nas áreas de Direito, Sociologia e de Administração de Pessoas.

A presente tese se propõe a lançar reflexões críticas sobre as crises do sindicalismo contemporâneo, no contexto das inflexões e retrocessos impingidos nas relações trabalhistas e as consequências para o Direito Sindical. Destaca-se a necessidade de revisitar a teoria juslaboral clássica, quanto a sua omissão, sobretudo, no que diz respeito ao papel central da luta operária na formação e constituição do Direito do Trabalho e as crises vivenciadas na atualidade pelo Sindicalismo e a compreensão das metamorfoses do mundo do trabalho.

O movimento dos trabalhadores e a construção de uma perspectiva de classe favoreceram o nascimento de uma organização de classe proletária, permitindo que esta, enquanto estrutura organizada em uniões sindicais, pudesse gozar de força maior para pleitear melhores condições de trabalho.

Em relação à experiência brasileira, não se pode negar que, durante as décadas de 1970 e 1980, o movimento sindical viveu um momento de transição importante de ressurgimento do sindicalismo nacional, a fase do “novo sindicalismo”, que afluou um vasto movimento grevista e de reorganização do movimento operário.

Com o aprofundamento do processo de reestruturação produtiva – a partir dos anos 1980 – o neoliberalismo impôs uma forte pressão interna e externa, por meio da *financeirização ainda maior da economia, a livre circulação dos capitais, a privatização do setor produtivo estatal, a flexibilização da legislação trabalhista* (ANTUNES, 2018, p. 186).

Com a chegada de Lula e o PT ao poder, em 2003, o movimento sindical passa por um novo momento de reconfiguração, em que se pode destacar a guinada do

sindicalismo de confronto para o sindicalismo negociado. Houve, assim, um grande período de estagnação e apatia do sindicalismo, *ao se acreditar que os trabalhadores estavam no poder e que não podiam lutar por melhores condições de trabalho e mais direitos se isso colocasse em risco a estabilidade política do governo* (MAIOR, 2017, p. 414).

Adentra-se, agora, na crise do sindicalismo contemporâneo. Conforme afirma Giovanni Alves (2010, p. 85), “o cerne essencial da crise do sindicalismo é a sua incapacidade (ou limitação estrutural) de preservar o seu poder de resistência de classe à sanha da valorização, diante da nova ofensiva do capital na produção e do novo (e precário) mundo do trabalho”.

Dentro desse cenário, cumpre destacar o desmonte da legislação trabalhista, desde a década de 1990 e perpetrado pelo aprofundamento do neoliberalismo. Com o Governo Temer, alcançou seu ápice na aprovação da Lei n. 13.467/2017 que além de atingir diretamente as relações individuais de trabalho, configurou-se na forma agressiva do movimento sindical. Os argumentos em defesa dessas reformas centram-se em temas como: ampliação do acesso ao mercado de trabalho via legislação e fiscalização menos rígidas; “modernização” da legislação e da Justiça do Trabalho para melhor adequá-la ao estágio atual do capitalismo; retirada dos obstáculos ao “livre” encontro de vontades individuais e fornecimento das negociações entre patrões e empregados como forma de ampliar o emprego e a produtividade; busca de “segurança jurídica”, partindo da ideia de que a excessiva judicialização dos conflitos trabalhistas é fator de insegurança e contribui para afastar os investimentos externos; e retirada dos freios ao despedimento.

Observa-se nos estudos realizados pelo CESIT – Unicamp, quanto aos impactos promovidos pela Reforma Trabalhista no Brasil (Lei n. 13.467/2017), a pesquisa publicada em 2018, desenvolvida por Magda Barros Biavaschi, Elaine D’Ávila Coelho e Tomás Rigoletto Pernias, analisou as reformas da legislação trabalhista aprovadas no Chile, Brasil, México, Espanha, Reino Unido e Itália e a reforma em andamento na Argentina, os pesquisadores chegaram a conclusão que “as reformas geraram mais distorções sociais, sem reflexos positivos na atividade econômica e no desemprego e que ainda nos países abordados, em maior ou menor grau, constata-se que o resultado das reformas foi uma maior fragilização da vida dos trabalhadores” (BIAVASCHI; COELHO; PERNIAS, 2018, p. 239).

Ao analisarmos os dissídios coletivos ajuizados na Justiça do Trabalho que não tiveram acordo entre as partes, entre os anos de 1998 e 2018, observamos que nos anos de 2015 a 2017 houve uma queda no índice de ajuizamentos dos dissídios coletivos, todavia, no ano de 2018 este índice cresceu, passando da média (2015-2017) de 490 dissídios coletivos ajuizados nos Tribunais Regionais do Trabalho de todo o país, para o total de 670 no ano de 2018. Crescimento semelhante ocorrido nos dissídios coletivos das categorias organizadas nacionalmente (Correios, Bancários, Aeroviários, entre outros), em que temos a média nos anos de 2015-2017 de 9 ajuizamentos por ano, e em 2018 foram ajuizados 33 dissídios coletivos que não chegaram a um acordo (ver tabela 1).

Tabela 1: Quantitativos de TRT’s e TST sem acordo de 1998 a 2018.



Fonte: Criada pelo autor a partir dos dados estatísticos fornecidos pelo *site* do TST (2019).

As pesquisas mencionadas apontam para uma direção contrária aos fundamentos apresentados em defesa da reforma trabalhista imposta em 2017 no Brasil.

Diante destes dilemas, sobretudo o desemprego estrutural, o trabalho precarizado, a informalidade, resta evidenciar a obsolescência das estratégias do sindicalismo tradicional obreirista, que não atendem ao complexo mundo do trabalho. As crises do sindicalismo contemporâneo que impactam no movimento sindical e colocam em “xeque” as atuais estratégias sindicais de confronto relacionam-se com as mudanças sofridas no mundo do trabalho – como afirma o sociólogo Ricardo Antunes – e com o resultado das transformações e metamorfoses em curso nas últimas décadas.⁽¹⁾

Segundo Andrade, o direito do trabalho é um produto cultural das lutas operárias, do seu poder e

de sua capacidade organizativa, as relações sindicais sobrepõem-se às relações individuais, estas decorrem daquelas e não o inverso. Firmou-se um contraponto à teoria tradicional que, por equívoco, elegeu as relações individuais como objeto do direito do trabalho, quando elas são meras consequências das relações coletivas e sindicais.⁽²⁾

Reunir/unificar as lutas propriamente sindicais às demais lutas libertárias apontadas pelas teorias dos movimentos sociais, para que o sindicato e o sindicalismo voltem a assumir um tipo de protagonismo que abarque simultaneamente as lutas reivindicativas e revolucionárias, a partir do diálogo com os novos movimentos sociais, sincronizada com a emancipação da força do trabalho ao capital e não com a sua legitimação e reprodução.

(1) Ricardo Antunes aponta para um múltiplo processo que envolve a “desproletarização da classe que vive do trabalho e uma subproletarização do trabalho, convivendo, ambas com o desemprego estrutural” (2009, p. 205-219).

(2) ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. *Direito do trabalho e pós-modernidade: fundamentos para uma teoria geral*. São Paulo: LTr, 2005.

CRÍTICA AOS CRITÉRIOS DE AFERIÇÃO DA TRANSCENDÊNCIA DO RECURSO DE REVISTA

Carlos Eduardo Monti Junior

Advogado, bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Sorocaba (FADI).

Introdução

Morosidade e o exorbitante volume de trabalho do TST diante dos inúmeros recursos que são dirigidos ao órgão máximo do judiciário trabalhista. Sem dúvida, esses dois aspectos, que possuem uma íntima correlação de causalidade, são os pontos justificadores da criação do novo pressuposto recursal no Processo do Trabalho: a transcendência.

Poder-se-ia imaginar que o parágrafo anterior é um texto atual decorrente da Lei n. 13.467 de 2017 que inseriu § 1º do art. 896-A da CLT, que positivou os indicadores da transcendência recursal, a saber: econômico, político, social e jurídico. Na realidade, o parágrafo inaugural se aproxima muito dos comentários dos juristas após a criação Medida Provisória n. 2.226, de 4 de setembro de 2001, que acrescentou o art. 896-A – sem os indicadores expressos – e conferiu ao TST o encargo de regulamentar o processamento da transcendência do recurso de revista.

Nota-se que, embora tenham se passado mais de 16 anos entre os marcos legislativos acima apontados, os problemas estruturais do judiciário trabalhista permaneceram inalterados e foram agravados. Mais uma vez, recaindo na tentação comum quando se fala em resolver o problema do excessivo número de processos judiciais, cria-se a expectativa de que a exorbitante litigiosidade será sanada por meio da criação legislativa com restrição recursal.

Neste breve estudo, tem-se o intento de trazer críticas aos critérios de aferição da transcendência do recurso de revista.

A transcendência do recurso de revista

A transcendência pode ser entendida como um “mecanismo de seleção dos processos submetidos ao exame da Superior Instância Trabalhista”⁽¹⁾, pelo qual se busca aferir se a discussão objeto do recurso de revista possui uma relevância tal que extrapole os limites da lide em análise e gere reflexos de natureza econômico-

ca, política, social ou jurídica para além do seu próprio processo.

O requisito de transcendência passou a integrar o Direito Trabalhista, em 4 de Setembro de 2001, por meio da Medida Provisória (MP) n. 2.226/2001. A justificativa para a adoção do referido critério pautava-se na:

“[...] quantidade astronômica de recursos que desembocam atualmente nos Tribunais Superiores não tem permitido uma apreciação minimamente satisfatória das causas submetidas ao crivo final das instâncias superiores, a par de se acumularem processos sem perspectiva de julgamento a médio ou até a longo prazo, exige uma rápida solução para o problema, no sentido de se criar mecanismo de redução do quantitativo de processos a ser efetivamente examinado por essas Cortes.”⁽²⁾

Com o advento da Lei n. 13.467 de 2017, a transcendência foi devidamente regulamentada e passou a ser utilizada a partir de 11 de novembro de 2017. O problema é o mesmo, porém, agravado pelo passar de mais de 16 anos em que o referido pressuposto não foi regulamentado e aplicado ao processo trabalhista, sendo que:

“Atualmente, a carga exorbitante de recursos recebidos pela Corte Superior Trabalhista tem comprometido não apenas a celeridade processual, com expectativa média de 2 anos para o recurso ser julgado, mas a segurança jurídica, pela oscilação significativa na jurisprudência, por falta de tempo para discutir todos os argumentos aduzidos na controvérsia sobre cada matéria.”⁽³⁾

Diante disso, a transcendência carrega a promessa de contribuir para a diminuição dos processos submetidos ao TST e, consequentemente, dar maior dinamismo e qualidade à prestação jurisdicional da referida Corte.

Dos critérios de aferição da transcendência

Estabelece o art. 896-A da CLT que o Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examina-

(1) MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O critério de transcendência no recurso de revista: projeto de Lei n. 3.267/2000. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Porto Alegre, RS, v. 66, n. 4, p. 41, out./dez. 2000.

(2) *Ibidem*, p. 44.

(3) MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O critério de transcendência do recurso de revista. *Revista LTr: legislação do trabalho*, São Paulo, SP, v. 82, n. 1, p. 9, jan. 2018.

rá previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica, sendo que o § 1º do retrocitado dispositivo consolidado traz uma brevíssima conceituação de cada um dos critérios.

Os conceitos trazidos pela legislação nos incisos transcritos acima não resolvem a questão, ante a ausência quase completa de parâmetros objetivos para que o jurisdicionado que aciona o Tribunal Superior do Trabalho por meio da interposição do recurso de revista possa saber se a sua causa oferece ou não transcendência.

O elevado valor da causa será analisado sob qual ótica? Do trabalhador ou da empresa? O valor de R\$ 50.000,00 para um trabalhador que recebe pouco mais de um salário mínimo é elevado? Esse mesmo valor para uma empresa que fatura R\$ 500.000,00 por mês possui a mesma importância?

Quanto ao desrespeito à jurisprudência sumulada do TST ou do STF, significa dizer que se o objeto da revista consistir na inobservância aos referidos preceitos sumulados sempre haverá transcendência política? Ou somente as súmulas mais relevantes? Seriam apenas as súmulas vinculantes ou as demais súmulas do STF também oferecem o reflexo político suficiente para transcender a causa em análise?

No que tange ao reflexo social, a legislação parece provocar uma interpretação de que essa possibilidade seria reservada ao trabalhador, ao mencionar “reclamante-recorrente”, o que pode ter guarida no entendimento de que os detentores dos direitos sociais são os trabalhadores e não os empregadores. Porém, pode ocorrer de que o reconhecimento de um direito social seja interessante ao empregador, como, por exemplo, o reconhecimento das normas coletivas, com previsão no art. 7º, inciso XXVI, da CRFB/1988. Nessa condição, por ser o empregador o recorrente, haveria o reflexo social?

Para surgir a relevância jurídica deve a causa ser uma questão nova. Questão nova é algo que jamais foi analisado em toda a Justiça do Trabalho, ou somente no Tribunal Superior? Questão nova é aquela que ainda não pacificada ou que jamais foi julgada? Deve-se restringir às leis trabalhistas, ou pode ser uma questão nova envolvendo outras áreas do ordenamento jurídico?

Todos esses questionamentos que parecem não ter respostas, ou melhor, podem conter diversas respostas diferentes, revelam o principal ponto crítico da transcendência: a excessiva subjetividade dos critérios de análise.

A definição legal dos critérios da transcendência demonstra uma tentativa de sanar o problema (amplo acesso à instância extraordinária e o decorrente excesso de processos distribuídos à corte) por meio de definições com ampla possibilidade de se atribuir diversos significados.

A abertura semântica atribuída aos referidos critérios da transcendência é considerável, revestindo-os de subjetividade, conforme exposto alhures. Porém, não parece que essa questão da subjetividade excessiva tenha sido um problema inesperado. Ao contrário, mostra-se intencional a opção feita no texto da Lei n. 13.467/2017.

Tal opção tem como objetivo abrir um espaço de indeterminação para que, por meio do poder discricionário de seletividade utilizado pelos Ministros do Tribunal Superior do Trabalho, constate-se a existência de elementos no recurso que sejam ou não transcendentais.

Há uma proporção inversa entre objetividade e discricionariedade. Quanto mais os critérios forem parametrizados de modo objetivo, menos discricionariedade haverá, por haver uma vinculação aos parâmetros existentes.

Por isso, para contemplar a discricionariedade na seleção dos processos a serem submetidos ao TST, sacrificou-se a objetividade.

Tal subjetividade poderá ser temperada com a organização de um banco de dados com a exposição dos temas dos quais houver sido reconhecida a transcendência, sendo o que aduz o art. 249 do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho (Resolução Administrativa n. 1937, de 20 de novembro de 2017).

Existem, ainda, diversas outras críticas a serem feitas, como, por exemplo, o dever de fundamentação das decisões (art. 93, IX, CRFB), a insegurança jurídica e o possível desrespeito ao princípio da igualdade – ambos decorrentes da incerteza de se saber o que é transcendente ou não, e da possibilidade de uma determinada causa ser considerada relevante e outra, idêntica, ser rejeitada por não preencher os critérios estabelecidos.

Conclusões

A Transcendência, na atual conjuntura – em que pese a promessa que traz de dinamização ao Processo do Trabalho, principalmente no tocante à prestação jurisdicional do Tribunal Superior do Trabalho – tem a sua aplicação prejudicada em razão, principalmente, da sua complexidade e excessiva subjetividade.

FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA A PARTIR DA LEI N. 13.467/2017 – (IN)APLICABILIDADE

Celio Roberto Correa

Mestrando em Direito no Centro Universitário Internacional de Curitiba – UNINTER. Bolsista 100% no Programa de Excelência do PPGD-UNINTER. Pós-Graduado em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP. Graduado em Direito pela Faculdade Internacional de Curitiba.

Não há dúvidas que a reforma trabalhista promoveu severas alterações no ordenamento jurídico, suscitando incontáveis discussões e promovendo sérios debates relacionados a constitucionalidade das novas regras que passaram a ser aplicadas de imediato, vez que tratam de matérias processuais, como é o caso da aplicação dos honorários de sucumbência, objeto de abordagem deste breve ensaio.

Com efeito, incontáveis são as sentenças que trouxeram em sua fundamentação a obrigação quanto ao pagamento de honorários sucumbenciais, todas asentadas no fato que a regra processual de imediato se aplica, consoante de extrai da leitura do art. 14 do CPC, aplicável ao Direito do Trabalho por força do art. 769, este último da CLT.

No entanto, a segunda parte do mesmo art. 14 do CPC ressalta a necessária obediência aos atos praticados no processo, bem como o respeito as situações jurídicas consolidadas na vigência da lei anterior, fazendo surgir o princípio da segurança jurídica.

Em verdade, o princípio da segurança jurídica encontra guarida em vários dispositivos Constitucionais, tais como o da legalidade (art. 5º, II), inviolabilidade do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI), legalidade e anterioridade em matéria penal (art. 5º, XXXIX) e irretroatividade da lei penal desfavorável (art. 5º, XL), contraditório e ampla defesa (art. 5º, LIV e LV), entre outros.

De fato, e não por acaso, os limites da lide são traçados por ocasião da petição inicial, e é imprescindível à segurança jurídica que a validade das regras persista no decorrer do processo, resguardando assim o princípio da “não surpresa” expressamente previsto no art. 10 do Código de Processo Civil⁽¹⁾. Também não é outro o entendimento doutrinário acerca da matéria.

Assim, para Tércio Ferraz, a irretroatividade tem o condão, diga-se muito claro, de promover a segurança jurídica, restando muito claro que “o que sucedeu já sucedeu e não deve, a todo momento, ser juridicamente questionado, sob pena de se instaurarem intermináveis conflitos”. Assim, argumenta Tércio Ferraz, se “cumpre

a função de possibilitar a solução de conflitos com o mínimo de perturbação social”⁽²⁾.

Nesse sentido, também o entendimento de José Miguel Garcia Medina, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim ao tratarem de Segurança jurídica e irretroatividade da norma processual, ressaltam de modo categórico a impossibilidade de fazê-lo⁽³⁾: Neste sentido:

“Muito embora acentuem os processualistas enfaticamente que a lei processual se aplica imediatamente, assim mesmo devemos entender o princípio com determinadas limitações, a saber: aos atos processuais, praticados na vigência de lei anterior, desde que devam produzir efeitos no futuro e ocorra mudança de lei, é a lei anterior que deverá ser aplicada, porque ela continua legitimamente a reger aqueles efeitos ulteriores.”

Por sua vez, José Affonso Dallegrave Neto, em artigo denominado (In)Aplicabilidade Imediata dos Honorários de Sucumbência Recíproca no Processo Trabalhista⁽⁴⁾, ressalta a importância de se observar com parcimônia a aplicação imediata da regra processual as ações distribuídas antes da entrada em vigor da Lei n. 13.467/2017, sob pena de ocasionar surpresa e prejuízo aos demandantes, gerando assim a insegurança jurídica. Não por acaso Dallegrave Neto apresenta como exceção ao princípio da aplicação imediata da norma processual o art. 5º, XXXVI, do texto Constitucional, e em igual sentido o art. 6º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Não é outra a conclusão de Thereza Nahas, Leone Pereira e Raphael Miziara. Neste sentido asseveram:

“A *vacatio legis* da Reforma Trabalhista é de 120 dias contados de sua publicação oficial – 14.7.2017 (art. 6º da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017). De fato, as novas regras terão efeito imediato aos processos em curso (art. 6º da LINDB – Teoria do Efeito Imediato ou da Eficácia Imediata), não podendo retroagir prejudi-

(1) “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

(2) FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 229.

(3) MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Segurança jurídica e irretroatividade da norma processual. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*. Disponível em: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/download/80/81>>. Acesso em: 17 abr. 2019.

(4) Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/111552/2017_dallegrave_netos_jose_inaplicabilidade_imediata.pdf?sequence=1>.

cando os atos jurídicos processuais perfeitos (art. 5º, XXXVI, da CF/1988)⁽⁵⁾.”

Com efeito, nos parece que as decisões pautadas no entendimento de que a Lei processual pode ser aplicada de imediato não guarda efetiva consonância com o melhor entendimento acerca do tema, mas segue caminho conhecido como “decisão de terceira via”.

Não por acaso, ao tecer seus comentários ao art. 10 do CPC/2015, José Miguel Garcia Medina ressalta que “às partes deve ser reconhecido o direito de participar ativamente no procedimento de tomada de decisão. Tal participação consiste em influir decisivamente nos destinos do processo⁽⁶⁾”.

Luiz Guilherme Marinoni, ao tratar do Estado de Direito e segurança jurídica, ressalta que o cidadão precisa ter segurança quanto ao comportamento obediente pelo Estado e pelos terceiros acerca das existentes, além de possibilitar ao próprio cidadão a faculdade de definir o padrão de sua conduta. No entanto, ressalta Marinoni, é preciso haver previsibilidade quanto as consequências jurídicas de suas ações, mas também como terceiros poderão reagir diante delas⁽⁷⁾.

Dando sequência à abordagem, conclui Marinoni:

“Em outra perspectiva, a segurança jurídica reflete a necessidade de a ordem jurídica ser estável. Esta deve ter um mínimo de continuidade. E isso se aplica tanto à legislação quanto à produção judicial, embora ainda não haja, na prática dos tribunais brasileiros, qualquer preocupação com a estabilidade das decisões. Frise-se que a uniformidade na interpretação e aplicação do direito é um requisito indispensável ao Estado de Direito. Há de se perceber o quanto antes que há um grave problema num direito variável de acordo com o caso.”⁽⁸⁾

Por sua vez, ao tratar de Segurança jurídica e proibição de Retrocesso, Ingo Wolfgang Sarlet demonstra a efetiva importância da segurança jurídica e o seu verdadeiro objeto de proteção, qual seja, a dignidade da pessoa humana. Neste sentido assevera:

(5) *In CLT Comparada Urgente*. Thereza Nahas, Leone Pereira e Raphael Miziara. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 591.

(6) MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 66.

(7) MARINONI, Luiz Guilherme. *Princípio da segurança dos atos jurisdicionais*. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/home/artigos/pagina/4/>>. Acesso em: 13 abr. 2019.

(8) *Ibidem*.

“Considerando que também a segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do ser humano, viabilizando, mediante a garantia de uma certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica como tal, tanto a elaboração de projetos de vida, bem como a sua realização, desde logo é perceptível o quanto a ideia de segurança jurídica encontra-se umbilicalmente vinculada à própria noção de dignidade da pessoa humana. Se partirmos do pressuposto de que a dignidade da pessoa pode ser definida como sendo 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 e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, ver-se-á que a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas.”⁽⁹⁾

Estabilidade mais do que necessária, haja vista que estamos a tratar do bem mais importante ao homem, qual seja, dignidade da pessoa humana, devidamente prevista, não por acaso, no texto Constitucional em seu art. 1º, inciso III, aliás, consideravelmente assegurada em razão do trabalho e das relações que o permeiam.

Sem qualquer pretensão de esgotar temática tão vasta, resta demonstrado a luz da doutrina e da legislação, sobretudo sob o prisma Constitucional, que os honorários de sucumbência são devidos apenas nos processos ajuizados após a entrada em vigência da chamada reforma trabalhista. Não por acaso, vez que na condição de jurisdicionados, empregados e empregadores devem gozar de condições mínimas de segurança jurídica.

(9) SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro*. Disponível em: <<https://www.olibat.com.br/documentos/SARLET.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2019.

O EQUÍVOCO DO TST NA DEFINIÇÃO DO MARCO TEMPORAL PARA A DELIMITAÇÃO DO REGIME JURÍDICO APLICÁVEL À FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS MERAMENTE SUCUMBENCIAIS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Igor de Oliveira Zwicker

Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará (PA), aprovado em 1º lugar geral; Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (PA), aprovado em 1º lugar geral; Especialista em Economia do Trabalho e Sindicalismo pela Universidade Estadual de Campinas (SP); Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes (RJ); Bacharel em Direito e Especialista em Gestão de Serviços Públicos pela Universidade da Amazônia (PA); Analista Judiciário (Área Judiciária) e Assessor Jurídico-Administrativo do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região (PA/AP); Professor de Direito; Autor do livro “Súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos do TST” (São Paulo: LTr, 2015); tem, até 29.3.2019, oitenta e quatro (84) artigos jurídicos publicados, além de dezenas sobre Língua Portuguesa.

Na forma do art. 5º, XXXVI, da Constituição, a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Pelo art. 6º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. A estabilização das relações sociais faz parte tanto do núcleo duro da Constituição, dentro dos direitos fundamentais, péticos e de aplicação imediata (arts. 5º, § 1º, e 60, § 4º, IV, da Constituição), como em uma norma de sobredireito, que é a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

Pois bem.

Segundo Schiavi (2018, p. 183), constituem princípios da aplicação da lei processual o princípio da irretroatividade da lei, o princípio da vigência imediata da lei aos processos em curso e o princípio da impossibilidade de renovação das fases processuais já ultrapassadas pela preclusão (princípio que equivale à teoria do isolamento dos atos processuais já praticados).

Em se tratando de direito processual, para a compreensão dos princípios acima – e da teoria adotada pelo direito brasileiro –, é necessária a leitura dos arts. 912, 915 e 916 da CLT e dos arts. 14, 1.046 e 1.047 do CPC.

Dentre eles, destaca-se que o art. 915 da CLT “consagra a inaplicabilidade do regime recursal novo ao recurso já iniciado, mesclando efeito imediato, mas impondo o respeito às situações processuais em andamento” (MOLINA, 2018).

Supletivamente, o direito processual comum igualmente consagra a imediatidade e a irretroatividade. Segundo Wambier *et al.* (2016, p. 1.705), “incidir imediatamente significa incidir no presente”; “o efeito retroativo é proibido pela Constituição”, segundo o art. 5º, XXXVI, mas “não o imediato” (WAMBIER *et al.*, 2016, p. 82).

No caso da intertemporalidade processual, as teorias clássicas da intertemporalidade processual podem ser

resumidas em três sistemas: sistema da unidade processual, sistema das fases processuais e sistema do isolamento dos atos processuais.

“De acordo com o primeiro sistema (unidade processual), o processo é um todo direcionado para um único fim: a sentença sobre o mérito. Dessa forma, como expôs o magistrado, a lei nova alcança o processo nesse estado e passa a disciplinar as suas fases, tornando ineficazes todos os atos praticados na vigência da lei antiga. Com relação ao segundo sistema (fases processuais), o processo é uma soma de fases autônomas: postulatória; probatória; decisória e recursal. Cada uma dessas fases é formada por um conjunto inseparável de atos que, ao fim, formarão o processo como instrumento da jurisdição.

No caso do terceiro sistema (isolamento dos atos processuais), o conjunto de atos pode ser considerado isoladamente para a aplicação da lei nova, que tem efeito imediato e geral, alcançando o processo em seu andamento, mas respeitando os efeitos dos atos já praticados na vigência da lei velha. Em outras palavras, serão disciplinados pela lei nova apenas os atos processuais que ainda serão praticados. (...) o direito brasileiro adota os sistemas de isolamento dos atos processuais e da irretroatividade das leis, bem como a regra *tempus regit actum* (o tempo rege o ato).” (MOLINA, 2018)

Conforme Wambier *et al.* (2016, p. 1.705, destaques meus), “a noção de direito processual adquirido é operativa, resolve muitos problemas. A nova lei não atinge situações em que as partes já adquiriram o direito: de contestar, à prova, ao uso do recurso etc., quando ainda estava em vigor a lei revogada”.

Conforme dizem os autores (WAMBIER *et al.*, 2016, p. 1.705), de forma bem didática, o ato em si – contestar, produzir a prova, recorrer – fica sendo “gestado”, quando o direito é atribuído à parte (contestar, quando a ação é proposta; recorrer, quando a sentença é prolatada etc.). Assim, não é a norma que está em vigor

que se aplica quando o ato é praticado: é a que estava em vigor quando o ato foi “gestado”.

Dito isso, registre-se que o TST editou a Instrução Normativa n. 41/2018, voltada a analisar a aplicação das normas processuais celetistas alteradas pela Lei n. 13.467/2017 (“Reforma Trabalhista”).

Segundo o art. 1º da Instrução Normativa, as normas processuais introduzidas pela “Reforma Trabalhista” têm eficácia imediata, sem atingir situações pretéritas iniciadas ou consolidadas sob a égide da lei revogada. Até então, o TST respeitou o robusto entendimento doutrinário vigente.

Porém, em relação aos honorários meramente sucumbenciais, especificamente, a Instrução Normativa dispôs, no art. 6º, que a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais, prevista no art. 791-A, e parágrafos, da CLT, será aplicável *apenas às ações propostas após a entrada em vigor da “Reforma Trabalhista”*, permanecendo nas ações em curso as diretrizes do art. 14 da Lei n. 5.584/1970 e das Súmulas ns. 219 e 329 do TST.

Esse entendimento é equivocado e contraria a iterativa, atual e notória jurisprudência do STJ. Tanto o TST quanto o STJ têm delegação constitucional para uniformizar a jurisprudência em relação à legislação infraconstitucional, cada um no seu âmbito de atuação, porém é certo que, em matéria de honorários advocatícios, o STJ está muito mais preparado para decidir a respeito da matéria, pois, no âmbito do processo judiciário do trabalho, a questão dos honorários meramente sucumbenciais ainda é uma novidade, o que não ocorre no âmbito do STJ, que há muito já julga e decide essa matéria.

Consoante iterativa, atual e notória jurisprudência do STJ, honorários não têm natureza exclusivamente processual e sim natureza híbrida: o instituto tem natureza bifronte, tanto material quanto processual, pois ainda que seja corolário de processos judiciais e exsurja em razão deles (natureza processual), cria obrigações financeiras antes inexistentes, o que também lhe imprime natureza material (MUNHOZ, 2019, p. 84).

Em homenagem a essa natureza bifronte, *inclusivamente com o ânimo de respeitar direitos adquiridos, a sentença, como ato processual que qualifica o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios*, deve ser considerada o *marco temporal* para a aplicação das regras fixadas pela “Reforma Trabalhista”, segundo iterativa, atual e notória jurisprudência do STJ, e não o ajuizamento da reclamação trabalhista, como entende o TST.

Nesse sentido, destaca-se o Informativo n. 617/2018, do STJ (grifo nosso):

“Na origem, trata-se de ação declaratória de inexistência de relação jurídica tributária ajuizada em desfavor da Fazenda Nacional cumulada com pedido de compensação por danos morais advindos de inscrição supostamente indevida na dívida ativa. Após sentença de parcial procedência, o Tribunal de origem, em sede de apelação, reconheceu a totalidade dos pedidos formulados pelo autor, fixando os honorários advocatícios com fundamento no art. 20, § 4º, do CPC/73. Nesse contexto, discute-se, entre outras questões, sobre a aplicabilidade na nova legislação processual civil em relação aos honorários sucumbenciais, bem como se estes poderiam ser diretamente fixados no âmbito desta Corte Superior. *Inicialmente deve-se ressaltar que a jurisprudência*

do STJ pacificou orientação no sentido de que a sentença é o marco para delimitação do regime jurídico aplicável à fixação de honorários advocatícios, revelando-se incorreto seu arbitramento, com fundamento no CPC de 1973, posteriormente à 18.03.2016 (data da entrada em vigor da novel legislação). A despeito de se reconhecer o equívoco por parte das instâncias ordinárias quanto ao regime jurídico utilizado para o arbitramento dos honorários advocatícios, não se mostra correta a aplicação do art. 85 do Código de Processo Civil de 2015 por este órgão julgador pois, além de configurar supressão de grau de jurisdição, desvirtua a competência precípua desta Corte em grau recursal, qual seja a de uniformizar a interpretação da legislação federal, mediante a fixação de honorários de sucumbência casuisticamente e não apenas nas hipóteses de irrisoriedade e exorbitância no seu arbitramento. Neste passo, reitera-se o entendimento no sentido de não caber a esta Corte a revisão do quantum arbitrado a título de honorários advocatícios de sucumbência, seja porque sua fixação leva em conta as peculiaridades de cada caso, o que tornaria quase inviável uma uniformização, seja em razão da impossibilidade de análise por este tribunal, em sede de recurso especial, dos fatos e provas, por cuidar-se de Corte de precedentes (Súmula n. 7/STJ). Sendo assim, o arbitramento dos honorários advocatícios com base em normatização errônea (CPC/73), resulta na devolução dos autos ao Tribunal de origem para que proceda a novo julgamento do recurso e analise a verba honorária de sucumbência à luz do novo estatuto de processo civil. (REsp n. 1.647.246-PE, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. Acórdão Min. Regina Helena Costa, por maioria, julgado em 21.11.2017, DJe 19.12.2017)”

Assim, mesmo que a reclamação trabalhista tenha sido ajuizada antes da entrada em vigor da “Reforma Trabalhista”, caso a sentença – ato processual que qualifica o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios – tenha sido prolatada após a entrada em vigor da “Reforma Trabalhista”, contrariamente ao que diz o art. 6º da Instrução Normativa n. 41/2018, entende-se que são devidos honorários meramente sucumbenciais, na esteira da iterativa, atual e notória jurisprudência do STJ.

Referências

- MOLINA, André Araújo. *A reforma trabalhista e o direito intertemporal na visão do STF*. Disponível em: <<https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/noticias-juridicas/juiz-andre-molina-a-reforma-trabalhista-e-o-direito-intertemporal-na-visao-do-stf>>. Publicado em: 26 abr. 2018. Modificado em: 29 abr. 2018. Acesso em: 8 dez. 2018.
- MUNHOZ, José Lucio. Honorários advocatícios e a sucumbência trabalhista. In: FRAGA, Ricardo Carvalho. *Reforma trabalhista*: primeiro ano. São Paulo: LTr, 2019. p. 67-88.
- SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*: de acordo com o novo CPC – reforma trabalhista – Lei n. 13.467/2017 e a IN n. 41/2018 do TST. 14. ed. São Paulo: LTr, 2018.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo*: de acordo com a Lei 13.256/2016. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE COMO FUNDAMENTOS PARA HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO TRABALHISTA EXTRAJUDICIAL

Luiz Caetano de Salles

Professor de Direito do Trabalho na UFU.

Isabela Cristina Ferreira Borges

Estudante de Direito da UFU.

As superadas versões jurisprudencial e doutrinária de impossibilidade de exercício de jurisdição voluntária pela justiça do trabalho – sob a aparente intenção de proteger o trabalhador – estimulou a simulação de lides trabalhistas no dia a dia da atividade forense nesse ramo do judiciário brasileiro, em que as partes (empregado e empregador) embora não tivessem conflito de interesses a ser tutelado pelo Estado-jurisdição, pois já haviam chegado a um denominador comum nos seus interesses, tinham de deflagrar um procedimento judicial contencioso para em audiência chegar a um acordo (o qual já existia, como dito), que era homologado de plano pelo juiz, supondo o magistrado ter a sua habilitação levado à conciliação das partes em acordo judicial.

Esse teatro era de difícil compreensão para todos, principalmente para estudantes de direito, que aprendiam na teoria a valorizar a conciliação entre os litigantes, mas encontravam no *modus operandi* da justiça do trabalho o óbice acima exposto ao acordo prévio ao processo judicial, para constatar ao final a homologação judicial daquilo que já estava ajustado entre as partes, mas que não podia ser assim levado à presença do juiz.

A doutrina já alertava – no ano 2000 – para a crescente necessidade de se dar outro rumo para a justiça do trabalho no tocante à autocomposição entre empregado e empregador, como se transcreve abaixo:

“Desta forma, urge uma mudança de comportamento dos atores sociais, que têm que resolver por si mesmos os seus conflitos, afastando o poder normatizador do Estado e deixando a Justiça do Trabalho como instância última para a “solução” dos conflitos.”

A jurisprudência mantinha-se, entretanto, firme no sentido de rejeitar a homologação de acordos extrajudiciais trabalhistas, sob o fundamento de inexistência de previsão legal para ato homologatório, eis que a matéria prima da justiça do trabalho seria o conflito entre empregados e empregadores, como se ilustra com decisão do Tribunal Superior do Trabalho:

“É bastante conhecida a matéria relativa à homologação de acordo em sede de jurisdição voluntária ou graciosa, tendo proclamado a jurisprudência iterativa, notória e atual desta Corte Superior, inclusive em ações de interesse da ora recorrente, que não se pode atribuir efeitos da coisa julgada a esse tipo de avença de índole administrativa, pois a *res judicata* só se opera em processo contencioso”. (RR n. 66.786. 5ª Turma. Publicação DJ: 21.6.2002).

O tempo fluía e nada mudava na rotina forense da justiça do trabalho, a qual continuava interpretando a lei processual trabalhista com o mesmo conteúdo de quando fora editada a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), no ano de 1943.

Como afirmado pelo jurista francês Georges Ripert, “quando o Direito ignora a realidade, a realidade reage ignorando o Direito”. E assim foi, ou continuou a ser, pois embora a justiça do trabalho mantivesse a recusa de homologar acordos extrajudiciais (que eram realidade no mundo do mercado de trabalho assalariado), estes lhe eram apresentados com a roupagem de autêntico processo contencioso individual, como forma de burlar a interpretação descolada da realidade:

“Todos sabemos que não são raros os casos em que o trabalhador, já pré-ajustado com o empregador, ajuíza ação trabalhista, comparecendo ambos à audiência somente para endossar o que já foi acertado.”

Essa realidade manteve-se e o mais correto então, foi adequar a lei a ela, em oposição à situação anterior, quando se pretendia fazer com que a realidade se adequasse, forçosamente, à lei.

Com este propósito, a recente Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, conhecida como “reforma trabalhista”, alterou a CLT dispondo o contrato de trabalho poderá ser extinto por acordo entre empregado e empregador, caso em que serão devidos pela metade o aviso prévio (se indenizado) e a multa do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, permanecendo inalteradas as demais verbas trabalhistas (art. 484-A/CLT).

Reforçando o dispositivo acima mencionado, teve o legislador o cuidado de explicitar o seu conteúdo ao tratar da competência, afirmando no art. 652-F da CLT que cabe às Varas do Trabalho “decidir quanto à homologação de acordo extrajudicial em matéria de competência da Justiça do Trabalho”.

Publicada a lei prevendo (expressamente) a possibilidade de a justiça do trabalho homologar acordos extrajudiciais de rescisão do contrato de emprego, calou-se o argumento de inexistência de previsão legal para essa finalidade. Em seu lugar, contudo, surgiu a tese da inconstitucionalidade da reforma trabalhista, servindo de estribo para alguns juizes do trabalho rejeitarem pedido de homologação de acordo extrajudicial, o que levou os tribunais trabalhistas a sinalizar que outra deveria ser a interpretação dos dispositivos da lei da reforma trabalhista.

Exemplar, neste sentido, a intervenção do Tribunal do Trabalho da 3ª Região, cassando sentença que negava prestação do serviço de tutela jurisdicional para pedido de homologação de acordo extrajudicial de rescisão de contrato de trabalho:

“O processo de jurisdição voluntária que trata da homologação do acordo extrajudicial, oriundo de uma relação de trabalho insere-se na missão constitucional da Justiça do Trabalho, uma vez que o art. 114, inciso I, da CR/88 não restringiu competência apenas para dirimir questões litigiosas. Recurso ordinário conhecido e provido.” (TRT3. Processo n. 0010764-92.2018.5.03.0038).

Pacificada essa divergência, pode-se construir a base sobre a qual deverão ser homologados os futuros acordos extrajudiciais trabalhistas, sobressaindo-se o questionamento sobre os parâmetros que deverão ser levados em conta para acolher ou rejeitar os pedidos de homologação de acordos entre empregados e empregadores pondo fim à relação de trabalho.

Não é conveniente, juridicamente, definir parâmetros rígidos para analisar pedido de homologação de acordo extrajudicial porque cada caso será um caso, com suas peculiaridades e sutilezas, devendo a matéria ser tratada no campo principiológico, eis que este é mais flexível e abrangente para este propósito, devendo o juiz pautar-se, entre outros, pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para verificar se o pedido comporta acolhimento.

A razoabilidade indica “moderação, lógica, aceitação e sensatez, contrapondo-se, portanto, à arbitrariedade, tendo a ver com a prudência, as virtudes morais, o senso comum e com valores superiores propugnado em data comunidade.”

O princípio da razoabilidade ajuda o juiz a se libertar da rígida formação positivista, estimulando-o a aplicar a norma levando em conta não apenas a letra da lei, ou a ausência de lei, mas também os fatores que não precisam estar presentes no texto da lei porque já se fazem presentes na realidade social a quem são dirigidos os efeitos da norma.

Com fundamento no princípio da razoabilidade o juiz “interpreta uma dada circunstância jurídica sob os aspectos qualitativos, tais como, social, econômico, cultural e político, sem se afastar dos parâmetros legais.”

A proporcionalidade é constituída pela máxima da “conformidade ou adequação dos meios, da exigibilidade ou necessidade e pela ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito.”

Sendo razoável, proporcional e harmônica com a lei, apta estará a sentença homologatória de acordo extrajudicial trabalhista para ser referendada pelos tribunais trabalhistas e, também, pelo próprio Supremo Tribunal Federal, a quem cabe – em última instância – manifestar-se sobre a constitucionalidade das decisões judiciais.

OS PREJUÍZOS AO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA À LUZ DA REFORMA TRABALHISTA (LEI N. 13.467/2017)

César Augusto Luiz Leonardo

Defensor Público do Estado de São Paulo. Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Graduado em Direito e especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente. Defensor Público do Estado de São Paulo. Docente de Direito Processual Civil e Direito Processual Constitucional nos cursos de Graduação e Mestrado em Direito no Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Membro do CEAPRO (Centro de Estudos Avançados de Processo).

Júlio César Lourenço do Carmo

Integrante do Grupo AOM – AOM UP Aceleradora de Startup. Discente em Direito e pesquisador, com bolsa PIBIC/CNPq – 2018/2019, na modalidade Iniciação Científica (IC), pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Membro dos Grupos de Pesquisas NEPI (Núcleo de Estudos em Direito e Internet) e CODIP (Constitucionalização do Direito Processual).

Valmir Gustavo Rossi Cicotoste

Advogado integrante do GRUPO AOM, com atuação nas frentes trabalhista e desportiva. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha (UNIVEM).

Prólogo

A presente tese visa analisar, à luz do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal (CF), a Lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista) que trouxe profundas alterações no direito do trabalho, tanto material como processual. Dentre essas mudanças se encontram os arts. da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) ns. 790, § 3º; 790-B; 791-A, § 4º; e 844, § 2º. Empregar-se-á o método dedutivo, por meio de procedimentos técnicos de revisão bibliográfica e legislativa, sendo seguida a linha crítica a dogmática jurídica.

O direito fundamental de acesso à justiça

O texto constitucional de 1988 estabelece um extenso rol de direitos e garantias básicas dos cidadãos, dentre os quais se encontra o direito fundamental de *acesso à Justiça* (art. 5º, XXXV), estando em harmonia com o art. 8º da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica, da qual o Brasil é signatário, que de outrora traz expressa previsão e diretrizes para sua aplicação.

O *acesso à Justiça*, direito público subjetivo, também denominado como direito de ação, princípio da inafastabilidade da jurisdição, princípio da proteção judiciária, por muito tempo foi compreendido como o direito que o cidadão tem de acionar a tutela jurisdicional diante de violação ou ameaça à direito. A visão não está errada, contudo, está incompleta.

As lições de Watanabe (2019) corroboram para essa afirmação, o autor afirma que o *acesso à Justiça* carece ser observado de forma ampla, como acesso à ordem jurídica justa, havendo uma precisa compreensão da realidade e atenção ao real interesse das partes.

Na mesma toada, Cappelletti e Garth (1988, p. 8) também enfatizam que o acesso à justiça deve ser entendido de duas formas, a primeira, que “deve ser igualmente acessível a todos”, e a segunda “ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”.

Assim, tal direito fundamental, medular de todos os demais, assegura não apenas que a todos que tiverem direitos violados, ou ameaçados, o alcance ao judiciário para defesa e consubstanciação de seus direitos, mas, também, total possibilidade de se utilizar das inúmeras portas de acesso à Justiça.

Para garantir sua efetivação, ainda que em casos onde as partes sejam hipossuficientes, a CF estabeleceu em seu art. 5º, LXXIV, a integral e gratuita assistência judiciária. Desta forma, aos que não poderiam ingressar ao judiciário por insuficiência de recursos, basta a comprovação de tal para se beneficiarem desse direito.

Saliente-se que o acesso à justiça e o direito de assistência judiciária são institutos próprios, ainda assim, de estrita inter-relação, deste modo, para um pleno exercício do *acesso à justiça*, tendo em vista situações de hipossuficiência financeira, a assistência judiciária gratuita é fator imprescindível.

Alterações decorrentes da reforma trabalhista

A reforma trabalhista trouxe como alterações consideradas para esta análise:

I. Regras quanto ao estabelecimento de um percentual máximo de 40% do limite máximo do benefício do Regime Geral da Previdência Social, por parte do requerente para a concessão da gratuidade da justiça (art. 790, § 3º);

II. Previsão de que o trabalhador pague, ainda que beneficiária da gratuidade da justiça, honorários periciais (art. 790-B) e de sucumbência (art. 791-A);

III. Previsão de cobrança de honorários advocatícios de sucumbência por beneficiário de justiça gratuita, sempre que tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa (art. 791-A, § 4º);

IV. Responsabilização do reclamante beneficiário da justiça gratuita pelo pagamento de custas caso o processo seja arquivado em razão de sua falta à audiência, até como condição para ajuizar nova demanda (art. 844, § 2º).

A coordenadoria de estatísticas do Tribunal Superior do Trabalho (TST) constatou, no ano de 2017, o ingresso de 2.013.241 ações, com a entrada em vigor da Lei n. 13.461/2017. A análise do ano seguinte, correspondente ao mesmo período, apontou 1.287.208 ações, uma nítida diminuição no ingresso de novas ações.

Esses números comprovam que os trabalhadores estão temendo ingressar no judiciário, mesmo tendo direitos violados, haja vista ter sobrecarga atribuída a si, ainda que hipossuficiente financeiro.

Inegavelmente os novos dispositivos legais estão em completo descompasso ao preceito do direito fundamental de acesso a justiça, mostrando-se uma infelicidade legislativa, contraproducente à proteção e defesa de direitos dos trabalhadores.

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.766

A Carta Magna brasileira, antevendo a ocorrência de situações de violação à direitos por ela assegurados, decorrente de norma infraconstitucional, a declaração de inconstitucionalidade do texto legal é medida cabível.

O questionamento de inconstitucionalidade é possível ser realizado, a depender do caso e momento processual, pelo controle difuso ou por meio do controle concentrado. O primeiro pode ser realizado por todos os magistrados, em ações que analisem determinado caso concreto, ensejando efeitos incidentais; o derradeiro, via Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) ao Supremo Tribunal Federal (STF), por um dos legitimados pelo art. 103, da CF, produzindo efeitos erga omnes, vinculando os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração direta e indireta das esferas federal, estadual e municipal.

Como um legitimado pelo art. 103, VI, da CF, a propor ADI, o então Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, questionou os supramencionados dispositivos da reforma trabalhista, protocolando, em 25 de agosto de 2017, a ADI n. 5.766, por recalcitarem o direito de acesso à justiça e assistência judiciária gratuita, e, assim, expressarem clara violação ao texto constitucional.

Inicialmente a ação contou com as sustentações orais do PGR, da Advocacia-Geral da União, e de seis

entidades como *amicus curiae*, quatro favoráveis a ação e duas contrárias. Após, o relator, Ministro Luis Roberto Barroso, votou pela parcial procedência, subsequentemente, o Ministro Edson Fachin abriu divergência, votando pela integral procedência da ação. Atualmente a ação está com vistas, desde meados de 2018, para o Ministro Luiz Fux que solicitou vista antecipada dos autos.

Epílogo da análise

Pontualmente, conclui-se que o direito fundamental de *acesso à Justiça* é medular diante aos demais, de maneira que, em que pese, o anseio de minorar a excessiva litigiosidade e garantir efetiva atuação da Justiça do Trabalho, esses argumentos não se mostram plausíveis em detrimento ao cerceamento e precarização de direitos fundamentais dos cidadãos.

Logo, a reforma trabalhista fere frontalmente os preceitos constitucionais de universalização do *acesso à Justiça*, assim sendo, é medida cabível e adequada a declaração de inconstitucionalidade, pelo STF, assegurando aos cidadãos o direito ao amplo e efetivo acesso a uma ordem jurídica justa e tempestiva.

Referências

- BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.766, de 25 de agosto de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm>. Acesso em: 07 maio 2019.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 maio 2019.
- BRASIL. Lei n. 13.467, de 13 de julho 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 ns. 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: 07 maio 2019.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Primeiro ano da reforma trabalhista: efeitos, 2018. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/24724445>. Acesso em: 15 maio 2019.
- CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 11 de maio de
- WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa (conceito atualizado de acesso à justiça)*: Processos coletivos e outros estudos. São Paulo: Del Rey, 2019.

POR UMA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DO DIREITO ÀS FÉRIAS NO ÂMBITO DO CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE

Cleberson Ferreira de Moraes

Mestrando em Direito (“Novos Direitos e Novos Sujeitos”) pela Universidade Federal de Ouro Preto. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Bacharel em Administração pela Universidade Federal de Ouro Preto. Professor e Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Mariana.

A Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017, popularmente conhecida como reforma trabalhista, desenhando diversas modificações na legislação trabalhista, dentre elas introduziu no ordenamento jurídico pátrio a modalidade de contrato individual de trabalho intermitente, disposto no art. 452-A, CLT.

Dentro dessa ótica, torna-se essencial conceituar o contrato de trabalho intermitente no ordenamento jurídico brasileiro, sendo assim, o trabalho intermitente pode ser compreendido como a:

“[...] modalidade contratual trabalhista bilateral e celetista, com prestação de serviço não eventual e em razão da necessidade de trabalho descontinua, mas comum e corriqueira para o empregador que não pode antever, na admissão do empregado, quando se dará e por quanto tempo demandará a prestação laborativa, marcada pela incerteza do momento exato da necessidade do trabalho e das interrupções e não pelo número reduzido de horas trabalhadas em um dia, semana ou mês.” (ALVES, 2019. p. 71).

Essa inovação teve inspiração no Direito italiano e português, estando também presente na legislação francesa, espanhola e inglesa, no qual é conhecido como trabalho “zero hora”, podendo ser inserida no conceito de “flexissegurança”, conforme Diretiva 21 da União Europeia, ou seja, uma tentativa, ao menos conceitual, de flexibilização das relações trabalhistas, mantendo um grau de segurança aos trabalhadores.

No contexto brasileiro, cumpre observar que as modificações trabalhistas efetivadas pela reforma trabalhista levaram em consideração tão somente a perspectiva patronal em detrimento do empregado, inclusive, a figura do trabalho intermitente não apenas ignora por completo a segurança e proteção do empregado, como vai além da flexibilização, causando flagrante precarização das relações trabalhistas.

Outrossim, a implementação açodada dessa nova modalidade de contrato de trabalho trouxe inúmeros questionamentos por parte da doutrina justarabalista, principalmente, por representar uma absoluta sensação de imprevisibilidade e instabilidade ao trabalhador, com notória tentativa de transferir os riscos da atividade

de empresarial do empregador para o empregado. Mais que isto, não há garantia de trabalho e, por consequência, de salário, sequer o mínimo constitucionalmente garantido (art. 7º, IV e VII, CR/1988), impactando, de modo reflexo, em diversos outros direitos trabalhistas, como a gratificação natalina, os recolhimentos de INSS e FGTS, garantia de emprego, acidente de trabalho, as férias, dentre outros direitos correlatos.

Nesse ínterim, o direito às férias do empregado na modalidade de trabalho intermitente merece uma aprofundada reflexão, pois não houve por parte do legislador esmero ao dispor sobre tal direito, causando mais dúvidas que certeza, ante a aparente controvérsia jurídica existente entre o § 6º, II e § 9º, ambos do art. 452-A, CLT, resultando em dúvidas quanto a viabilidade das férias do trabalho intermitente, na prática laboral.

Desse modo, o art. 452-A, § 6º, da CLT dispõe que ao final de cada período de prestação de serviços haverá o pagamento imediato da remuneração (inciso I), décimo terceiro salário proporcional (inciso III), repouso semanal remunerado (inciso IV), adicionais legais (inciso V) e férias proporcionais com acréscimo de um terço (inciso II). Por outro lado, o § 9º do mesmo artigo prevê que a cada doze meses, o empregado adquire o direito de gozar um mês de férias, nos doze meses subsequentes, não podendo ser convocado para prestar serviços ao mesmo empregador.

Ora, no que tange ao recebimento do valor correspondente às férias proporcionais acrescidas de um terço pelo período de efetiva prestação de serviços não há dilema, pois há expressa disposição legal nesse sentido. A suposta celeuma se dá em relação às férias anuais prevista no supracitado § 9º, art. 452-A, CLT, especialmente, sua viabilidade, por relevantes questões, quais sejam: o trabalhador terá direito a fruir as férias, mesmo sem ter sido convocado durante os doze meses? Qual é o marco inicial do período aquisitivo, a data de vigência do contrato ou a soma dos dias trabalhados até completar 365 dias? Deverá o trabalhador cumprir determinada carga laboral para fazer jus a fruição das férias? Em caso afirmativo, qual seria essa carga laboral? São aplicáveis as regras previstas no art. 130, da CLT para o trabalhador intermitente? Poderá haver o

fracionamento das férias, como prevê o art. 134, § 1º, da CLT? Considerando que as férias proporcionais são pagas acrescidas de um terço imediatamente após a prestação de serviços, haverá remuneração do trabalhador pelo período de férias em que permanecerá “inativo”? Qual seria o valor dessa remuneração?

A partir desses questionamentos, cabe ao intérprete do direito desanuviar a aparente controvérsia jurídica, devendo-se privilegiar a perspectiva de centralidade do ser humano, no caso o trabalhador, juntamente com os fundamentos constitucionais protetivos, como ensinam os professores Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2017, p. 15):

“[...] foram definidos os pressupostos teóricos da pesquisa e análise realizadas, a partir da articulação dos fundamentos constitucionais de proteção do trabalho, com base no conceito de Estado Democrático de Direito e ênfase na centralidade do ser humano, mediante principiologia que acentua a relevância do trabalho protegido por meio da dinâmica de reconhecimento, declaração e efetivação dos direitos fundamentais.”

Por conseguinte, deve ser analisada a questão referente às férias no trabalho intermitente — assim como o próprio trabalho intermitente! —, sob a luz dos princípios e valores constitucionais e trabalhistas, principalmente, as regras de proteção social do trabalho, garantindo reconhecer, declarar e efetivar os direitos fundamentais.

Portanto, há dúvida sobre a constitucionalidade do próprio trabalho intermitente, seja por ofensa ao art. 7º, IV e VII, CR/1988, como também por flagrante violação do art. 1º, III e IV, CR/1988, que tratam dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da valorização social do trabalho, como, nesse sentido, já se manifestaram grande parte da doutrina trabalhista pátria, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e a Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA).

De todo modo, ainda que não seja declarada inconstitucional, em sua íntegra, o próprio trabalho intermitente, no que diz respeito às férias nessa nova modalidade de contrato de trabalho, cristalina a necessidade de se valer de uma hermenêutica constitucional, levando em consideração a presença do art. 7º da CR/1988, o qual devido a sua importância social encontra-se inserido dentro do título dos direitos e garantias fundamentais da Carta Magna.

A partir dessas considerações, é notório o direito às férias de qualquer trabalhador, inclusive, do trabalhador intermitente, por força do art. 7º, XVII, da CR/1988. Igualmente, na legislação ordinária está disposto o direito às férias do celetista (art. 129 e seguintes da CLT) e do trabalhador intermitente (art. 452-A, § 9º, CLT). Desta feita, não existe possibilidade de supressão do direito às férias de qualquer trabalhador, por expressa previsão constitucional e infraconstitucional.

Do mergulho e da compreensão realizados, explicita-se que o período aquisitivo de férias pelo trabalhador intermitente deve ser considerado pela disponibilidade durante doze meses do empregado para ser convocado pelo empregador, indiferente de ter efetivamente prestado serviços, e do período/tempo da prestação do labor, seja por poucas horas, dias ou meses, por ser esta a interpretação mais condizente com os ditames constitucionais, logo, ante a peculiaridade

do trabalho intermitente, não se pode aplicar a regra contida no art. 130, da CLT.

Lado outro, a regra contida no art. 452-A, § 9º, da CLT é categórica ao dispor acerca do período concessivo de “um mês” para fruição das férias, quando não poderá ser convocado pelo mesmo empregador para prestar serviços. Nesse ponto, percebe-se que ao optar pelo termo “um mês” o legislador se afasta da regra geral (em dias) das férias celetista contida nos arts. 130 e 134, § 1º, CLT, ou seja, não há que se falar em concessão de férias por período proporcional, menor que um mês, nem sequer na possibilidade de seu fracionamento.

Noutro giro, no que diz respeito a remuneração do período das férias, é preciso sublinhar que o inciso XVII, do art. 7º, CR/1988 ao dispor sobre a fruição das férias, dispõe expressamente que “o gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço do que o salário normal”. Ora, da leitura do acima transcrito inciso é latente que todo trabalhador tem direito ao gozo das férias, sendo estas obrigatoriamente remuneradas, até porque não se pode imaginar que o trabalhador usufrua de seu descanso, sem recursos, o que impactaria negativamente no seu descanso, comprometendo a saúde do trabalhador, lesando sua dignidade enquanto pessoa humana e os valores sociais do trabalho.

Na mesma linha de raciocínio, deve-se frisar que o valor mínimo remuneratório deve corresponder ao salário mínimo vigente, evitando ofensa ao já referido art. 7º, IV e VII, CR/1988. Essa é a melhor interpretação constitucional possível sobre o assunto, por consagrar os já citados incisos IV, VII e XVII, do art. 7º, da CR/1988.

Verifica-se, portanto, que apesar da tentativa do legislador reformista de criar um contrato de trabalho, totalmente precarizado, no qual os períodos de inatividade não seriam remunerados, ou seja, caberia ao empregador tão somente arcar com o salário do trabalho efetivamente entregue pelo empregado, tal desejo patronal não pode ser atendido, por encontrar resistência nas normas constitucionais. Diante disso, pode-se concluir que a única forma de viabilizar as férias no contrato de trabalho intermitente é garantindo a sua fruição nos termos do art. 7º, IV, VII e XVII, da CR/1988.

Referências

- ALVES, Amauri Cesar. Trabalho intermitente e os desafios da conceituação jurídica. *Revista Eletrônica — Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 8, n. 74, p. 54-73, 2019.
- CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Método, 2017.
- DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.
- FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Trabalho intermitente (entre idas e vindas). *Revista Eletrônica — Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 8, n. 74, p. 36-40, 2019.
- VEIGA, Aloysio Correa. Reforma trabalhista e trabalho intermitente. *Revista Eletrônica — Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 8, n. 74, p. 15-26, 2019.

A INCOMPATIBILIDADE DA FIGURA DO PREPOSTO COM O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA

Igor de Oliveira Zwicker

Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará (PA), aprovado em 1º lugar geral; Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (PA), aprovado em 1º lugar geral; Especialista em Economia do Trabalho e Sindicalismo pela Universidade Estadual de Campinas (SP); Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes (RJ); Bacharel em Direito e Especialista em Gestão de Serviços Públicos pela Universidade da Amazônia (PA); Analista Judiciário (Área Judiciária) e Assessor Jurídico-Administrativo do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região (PA/AP); Professor de Direito; Autor do livro “Súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos do TST” (São Paulo: LTr, 2015); tem, até 29.3.2019, oitenta e quatro (84) artigos jurídicos publicados, além de dezenas sobre Língua Portuguesa.

Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, que comporta, em si, contraditório, ampla defesa e todos os meios e recursos inerentes. Trata-se de normas-princípios, fundamentais, “pétreas” e de aplicação imediata, fruto do Poder Constituinte Originário e, portanto, sem possibilidade de eliminação ou restrição do alcance (arts. 5º, LIV e LV e § 1º, e 60, § 4º, IV, da Constituição).

Nesse diapasão, o art. 843, *caput* e § 1º, da CLT prevê que, na audiência, deverão estar presentes reclamante e reclamado, podendo esse último substituir-se por qualquer preposto que tenha conhecimento do fato e cujas declarações o obrigarão, sob pena de declaração da revelia e configuração da confissão quanto à matéria de fato (art. 844 da CLT).

Até então, o TST, por sua iterativa, atual e notória jurisprudência, consagrada na Súmula n. 377, entendia que, exceto quanto à reclamação do empregado doméstico⁽¹⁾, microempreendedor individual, microempresa ou empresa de pequeno porte⁽²⁾, o preposto deveria, necessariamente, ser empregado do reclamado. Ou seja, em se tratando de preposto não empregado, o ato seria inválido e o empregador revel e confesso quanto à matéria de fato.

Com esse entendimento, o TST, na tentativa de atender aos fins sociais da norma e às exigências do bem comum (art. 5º da LINDB), procurou evitar a figura do “preposto profissional”, ou seja, a pessoa especialmente (formalmente) *contratada* para depor em audiência, de forma artificial, o que, convenhamos, é incompatível com a natureza do processo judiciário do trabalho, de busca da verdade real, de extração da confissão real,

de colaboração entre as partes na busca da verdade, de cooperação entre os sujeitos processuais, entre outros.

Porém, em que pese a boa vontade, a Súmula sempre foi criticada, tendo em vista que o art. 843, § 1º, da CLT fala tão somente que é facultado ao empregador fazer-se substituir pelo gerente, ou qualquer outro preposto *que tenha conhecimento do fato*, e cujas declarações obrigarão o proponente, de modo que qualquer pessoa que tenha conhecimento do fato é pessoa suficiente para prestar declarações em nome do empregador perante a Justiça do Trabalho.

Segundo George de Oliveira Nobre *apud* Schiavi (2019, p. 641), o preposto, na Justiça do Trabalho, é o “representante do empregador para representá-lo em juízo”. Para Melchíades Rodrigues Martins *apud* Schiavi (2019, p. 641), é a “pessoa indicada pelo empregador para ser seu representante em juízo trabalhista e suas declarações, favoráveis ou desfavoráveis ao desfecho do processo, serão tidas como sendo do próprio proponente”.

O próprio termo tem conteúdo jurídico mais abrangente, segundo art. 932, III, do Código Civil, que traz as figuras de empregador, comitente, empregado, serviçal e preposto.

Empregador e empregado são conceitos já bem conhecidos por todos. Na forma do art. 2º, *caput*, da CLT, considera-se empregador a pessoa natural ou jurídica que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. Empregado, segundo o art. 3º, *caput*, da CLT, é toda pessoa natural que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Comitente “é a pessoa que encarrega outra da prestação de certa atividade, embora sem vínculo laboral”. Preposto “é o indivíduo que dirige um serviço ou negócio por delegação da pessoa competente”. Serviçal “é quem recebe tarefas para cumprir, mediante contra-prestação econômica, ainda que de maneira eventual” (MATIELLO, 2017, p. 478). Segundo George de Oliveira Nobre *apud* Schiavi (2019, p. 641), o preposto, segundo

(1) Quanto aos empregadores domésticos, tanto em razão da natureza prestacional, de finalidade não lucrativa e prestada para “pessoa ou família” (art. 1º da Lei Complementar n. 150/2015, quanto pela consideração de que, ordinariamente, o empregador possui um único empregado contratado (cf. art. 375 do CPC).

(2) Quantos aos três últimos, por taxativa previsão legal, em razão do art. 54 da Lei Complementar n. 123/2006, que permite a essas pessoas naturais ou jurídicas se fazerem substituir ou representar perante a Justiça do Trabalho por terceiros que conheçam dos fatos, “ainda que não possuam vínculo trabalhista ou societário”.

art. 932, III, do Código Civil, “é a pessoa nomeada/ designada por alguém para assumir a direção ou pôr-se à frente de qualquer serviço”.

Hoje, porém – e até que a norma seja julgada inconstitucional ou inconveniente, se for o caso —, a discussão está sepultada, em virtude da Lei n. 13.467/2017 (“Reforma Trabalhista”), que incluiu o § 3º no art. 843 da CLT e passou a prever, *expressamente*, que o preposto “não precisa ser empregado da parte reclamada”.

Nesse ponto, a “Reforma Trabalhista” é digna de elogios. Entrementes, surge uma situação inesperada: o advogado pode ser preposto do empregador? Se sim, é possível que seja, ao mesmo tempo, advogado e preposto?

Segundo o TST⁽³⁾, “é possível a atuação simultânea nas funções de advogado e preposto, ainda que no mesmo processo, desde que regularmente constituído”. Para o TST, “não exist[e] norma legal da qual se possa inferir a incompatibilidade entre as funções de advogado e preposto, ainda que no mesmo processo”. Segundo a Corte, qualquer violação ao Código de Ética da OAB – *doravante* CED – consubstancia mera infração administrativa, pois citado Código não é lei e não vincula, portanto, o Poder Judiciário.

Há um grande equívoco nessa interpretação, se não vejamos.

Segundo os arts. 45, I e § 1º, e 54, V, da Lei n. 8.906/1994, o Conselho Federal da OAB – *doravante* CFOAB – é seu órgão supremo e que tem a competência de editar o CED.

No uso dessa *atribuição*, conferida por uma lei ordinária federal, regular e formalmente aprovada segundo processo legislativo constitucional vigente, o CFOAB instituiu o CED, que prevê, nos arts. 5º e 6º, que o exercício da advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização e que é defeso ao advogado expor os fatos em juízo falseando deliberadamente a verdade ou estribando-se na má-fé. O art. 23 do CED prevê que é defeso ao advogado funcionar no mesmo processo, simultaneamente, como patrono e preposto do empregador ou cliente.

Não há como se abraçar, no sistema jusconstitucional brasileiro, a premissa de que o CED não é norma em sentido estrito e, portanto, pode ser descumprido – e que tal descumprimento possa ser ignorado, admitido ou tolerado pelo Poder Judiciário.

O CED é um regulamento que teve a edição expressamente autorizada por uma norma em sentido estrito (Lei n. 8.906/1994). É um ato administrativo secundário que tem a função de complementar a disposição da Lei n. 8.906/1994, à semelhança das leis delegadas (arts. 59, IV, e 68 da Constituição) e dos decretos emanados pelo Presidente da República (art. 84, IV, *in fine*, da Constituição) e até das normas penais em branco, assim entendidos “o preceito indeterminado e incompleto, requerendo preenchimento e composição por outra fonte” (Fernando de Almeida Pedrosa *apud* CABRAL, 2014, p. 63).

(3) TST-RR-185-78.2014.5.12.0037, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 13.3.2019, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22.3.2019.

O CFOAB, ao editar o CED, valeu-se de permissivo expresso na Lei n. 8.906/1994 – repita-se, uma lei ordinária federal regular e formalmente aprovada segundo processo legislativo constitucional vigente, de modo que, em nosso sentir, descabe ao Poder Judiciário ignorar, admitir ou tolerar que o advogado possa funcionar no mesmo processo, simultaneamente, como patrono e preposto do empregador.

Outrossim, a figura do preposto é incompatível com o exercício da advocacia, de modo que descabe ao advogado exercer o múnus de preposto na Justiça do Trabalho, seja pela vedação à mercantilização da advocacia, materializada na figura do “preposto profissional”, seja porque o advogado, ao ser impedido de expor inverdades, tem para si uma obrigação legal incompatível com a figura do preposto, que não tem sobre si nenhuma punição se expor os fatos com inverdade^{(4)/(5)} e ainda desfruta do princípio da não incriminação⁽⁶⁾, previsto nos arts. 14, 3, g, do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP) e 8º, 2, g, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH).

Nesse propósito, andou bem a Lei n. 9.028/1995, cujo art. 5º veda expressamente a atuação do advogado da União, como preposto, em reclamações trabalhistas.

Referências

- CABRAL, Angelo Antonio. Fraudes trabalhistas e direito penal. In: BACARAT, Eduardo Milléo; FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Direito penal do trabalho: reflexões atuais*. São Paulo: LTr, 2014.
- MATIELLO, Fabrício Zamprogna. *Código Civil comentado: Lei n. 10.406, de 10.01.2002*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2017.
- OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Manual de audiências trabalhistas: doutrina, jurisprudência, precedentes, orientações jurisprudenciais e súmulas do TST*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2017.
- SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho: de acordo com o novo CPC – reforma trabalhista – Lei n. 13.467/2017 e a IN n. 41/2018 do TST*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2019.

(4) Em que pese o art. 77, I, do CPC dizer que é dever das partes expor os fatos em juízo conforme a verdade, fato é que não há nenhuma penalidade para o preposto mentiroso, diferentemente do que ocorre, por exemplo, com a testemunha (art. 342 do Código Penal).

(5) “O exercício da função técnica de advogado e de preposto traz alguns inconvenientes. Muito embora o advogado seja livre no exercício da função, não aceitando qualquer interferência técnica, já não poderá exigir o mesmo quando se coloca na posição de preposto. Aí estará representando a empresa e muitas vezes terá de faltar com a verdade, já que lamentavelmente em nosso direito positivo não existe qualquer proibição a que isso aconteça. Embora a moral incrimine, a lei descrimina.” (OLIVEIRA, 2017, p. 93-94)

(6) Registre-se, enfim, que há uma polêmica sobre a aplicação desse princípio no âmbito civil, porque estaria, supostamente, relegado ao âmbito penal, pois tanto o PIDCP quanto o CADH fala em acusação de “delito”.

A CONDUTA DO EMPREGADOR E O SUPERENDIVIDAMENTO DO TRABALHADOR: POSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DE DANOS MORAIS?

Letícia Cancian Selba da Silva

Advogada e Analista de Riscos Corporativos do Banco do Estado do Rio Grande do Sul. Graduação em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

Este estudo trata da conduta do empregador que gera o superendividamento do trabalhador. Estudos anteriores, ligados à relação de consumo, expõem que o superendividamento é fonte de isolamento, de marginalização, contribuindo para o aniquilamento social do indivíduo (PAISANT, 2010); um problema que depende de muitas variáveis: da extensão e do tipo de endividamento, da variação nas taxas de juros, do grau de esforço das famílias e da sua educação financeira, do mercado de trabalho, da estabilidade familiar, da saúde ou da doença, da vida ou da morte (MARQUES, 2000, p. 303). Outros estudos, afirmam que a fundamentação da dignidade da pessoa humana é vista pela estipulação legal da necessidade de manutenção de um mínimo de bens materiais destinados à sobrevivência (BERTONCELLO; LIMA, 2010, p. 249-250).

Em pesquisas ao *site* do Tribunal Superior do Trabalho, a expressão superendividamento é identificada em três acórdãos, sendo que em apenas um⁽⁷⁾ trata do tema, no entanto, quanto à discriminação na contratação do trabalhador com restrições de crédito. Desta forma, até onde se sabe, há uma lacuna no tratamento do superendividamento do trabalhador decorrente da conduta do empregador. A pesquisa sobre referida temática justifica-se pela necessidade de trazer considerações sobre o problema social em si, que resulta não só na exclusão do trabalhador como também pode reduzir drasticamente suas chances de recolocação no mercado de trabalho. Nesta esteira, o problema da pesquisa consiste em que medida a conduta do empregador, nos casos em que há pagamento parcial e/ou impontual, diferentemente do pactuado no contrato de trabalho, resultando no superendividamento do trabalhador, pode ensejar a configuração de dano moral?

Inicialmente, cabe assinalar que o superendividamento é conceituado como “a impossibilidade global do devedor-pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o Fisco), as oriundas de delitos e as de alimentos” (MARQUES, 2011, p. 1.304).

A preocupação com o superendividamento do trabalhador se deve ao fato de que os atrasos reiterados impedem, num primeiro momento que o trabalhador pague pontualmente suas obrigações, acarretando,

de plano na incidência de juros e mora, aos quais não deu causa. Num segundo momento haverá um descompasso financeiro tão grande em seu orçamento familiar, que acarretará o inadimplemento por completo de suas obrigações e, não raras vezes, dependendo do tipo de dívida, implicará também a inscrição do seu nome nos órgãos restritivos de crédito. Instaurada a crise financeira e familiar, por conta da impossibilidade de administrar seu sustento, o trabalhador terá duas alternativas: procurar um novo emprego ou continuar se submetendo a tais condições na esperança de dias melhores. Contudo, é provável que o trabalhador já encontre grande dificuldade de recolocação no mercado de trabalho se possuir registros de SPC, SERASA, protestos e etc., dado que muitos empregadores consultam tais órgãos para avaliar candidatas a vaga de emprego.

O superendividamento do trabalhador não pode ser visto como um simples momento de inadimplência e, sim, como a impossibilidade dele suprir suas necessidades básicas. Em que pese sejam ramos diferentes do Direito, o Direito do Consumidor e o Direito do Trabalho devem se complementar no sentido de evitar o problema nefasto do superendividamento. Embora ambas as vertentes tenham um viés protetivo do hipossuficiente, a ideia de que exista um liame entre as condutas do empregador, sejam elas comissivas ou omissivas, no desencadeamento do endividamento do trabalhador também deve ser considerada.

Cabe ressaltar, o trabalhador de baixa renda endividado poderá também perder seu bem maior, o “nome limpo”, não conseguindo obter crédito, comprar fiado... em breve o seu problema vira o da sua família. Seria este apenas um mero dissabor da vida moderna? Observe-se não se trata do valor do acréscimo ocasionado pela mora do empregador em quitar salários, mas do que essa mora representa dentro da realidade analisada. Para quem recebe um salário mínimo o impacto já é considerável/perceptível no primeiro mês, enquanto para aqueles que percebem mais, o descompasso financeiro demorará alguns meses para se tornar mais evidente.

Não pode o Direito do Trabalho se furtar de analisar questões relacionadas ao atraso de pagamento que implique o superendividamento do trabalhador. A demora no pagamento até pode não ser dolosa para configurar crime, por parte do empregador algumas vezes, mas sua conduta omissiva ou comissiva que resulte no superendividamento do trabalhador configura

(7) Processo: RR-52100-90.2009.5.15.0092. Data de Julgamento: 25.4.2012, Redatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 4.5.2012. Consulta em: 17.5.2019. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/guest/consulta-unificada>>.

um ato ilícito, passível de responsabilização civil, dada a violação do princípio da dignidade da pessoa humana. Por lógica decorrência, a incidência deste princípio consiste justamente em garantir condições de trabalho saudáveis e dignas, bem como de propiciar e promover a inclusão social (ESPADA, 2008, p. 103).

Com efeito, evidencia-se a importância do Direito do Trabalho também observar o tema, sob sua perspectiva própria de proteção, dado que algumas condutas específicas do empregador podem levar o trabalhador a uma situação de superendividamento. Como suscita Alice Barros: “A cada momento, o Direito do Trabalho tem se transformar para se adaptar às realidades econômicas e sociais da época, sem esquecer a figura do trabalhador que deve ser protegida. Este é o seu caráter transformador.” (BARROS, 2005, p. 91)

A utilização da doutrina consumerista permite delimitar quais são as situações que o intérprete do Direito deve estar atento: ao superendividamento decorrente do acidente da vida, no qual o trabalhador não concorreu, não abusou ou mal administrou seu orçamento familiar. Em suma, uma situação decorrente da conduta omissiva do empregador, através de atraso ou falta de pagamento ao trabalhador. Tal violação constitui ato ilícito, passível de responsabilização civil, considerando o resultado, o dano por ela produzido: superendividamento do trabalhador e/ou restrições de crédito decorrentes desse inadimplemento trabalhista.

Referências

- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 91.
- BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Superendividamento e dever de renegociação. In: LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. *Superendividamento aplicado: aspectos doutrinários e experiência no Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010. p. 131-268.
- ESPADA, Cinthia Maria da Fonseca. *O princípio protetor do empregado e a efetividade da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: LTr, 2008. p. 127.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MARQUES, Maria Manuel Leitão. *O endividamento dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2000.
- PAISANT, Gilles. Prefácio. In: MARQUES, Cláudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. *Prevenção e tratamento do superendividamento*. Brasília, DF: SDE/DPDC, 2010. p. 9-12. (Caderno de Investigação Científica, 1). Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/imagen/manual-tratamento-do-superendividamento.pdf/view>>. Acesso em: 9 dez. 2018.

A MIRÍADE DE DANOS INDENIZÁVEIS EXTRAÍVEIS DO AMPLÍSSIMO CONCEITO DE DANO EXTRAPATRIMONIAL (OU DANO MORAL EM SENTIDO AMPLO)

Igor de Oliveira Zwicker

Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará (PA), aprovado em 1º lugar geral; Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (PA), aprovado em 1º lugar geral; Especialista em Economia do Trabalho e Sindicalismo pela Universidade Estadual de Campinas (SP); Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes (RJ); Bacharel em Direito e Especialista em Gestão de Serviços Públicos pela Universidade da Amazônia (PA); Analista Judiciário (Área Judiciária) e Assessor Jurídico-Administrativo do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região (PA/AP); Professor de Direito; Autor do livro “Súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos do TST” (São Paulo: LTr, 2015); tem, até 29.3.2019, oitenta e quatro (84) artigos jurídicos publicados, além de dezenas sobre Língua Portuguesa.

A Constituição da República, já no preâmbulo, afirma que o Estado Democrático de Direito é destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, como valores supremos de uma sociedade fundada na harmonia social. O ordenamento deve ser pensado a

partir de um regramento de justiça, de natureza valorativa, de modo que o sistema a ele (ao ordenamento) correspondente só pode ser uma ordenação axiológica ou teleológica, em sentido mais abrangente, de realização de escopos e de valores (CANARIS, 2008, p. 66-67).

Nesse diapasão, a responsabilidade civil é importante instrumento de realização de escopos e valores, mormente em nosso Estado Democrático de Direito, no qual constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, entre outros, o de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da Constituição).

A imposição de responsabilizar o ofensor, por seus atos, e do dever de indenizar “traduz a própria noção de justiça existente no grupo social” e se revela “como algo inarredável da natureza humana” (STOCO, 2004, p. 118). Os pressupostos da responsabilidade (CRETELLA JÚNIOR *apud* STOCO, 2004, p. 129) são os seguintes:

- a) aquele que infringe a norma;
- b) a vítima da quebra;
- c) o nexó causal entre o agente e a irregularidade;

d) o prejuízo ocasionado – o dano – a fim de que se proceda à reparação, ou seja, tanto quanto possível, ao reingresso do prejudicado no *status* econômico anterior ao da produção do desequilíbrio patrimonial.”

A responsabilidade civil é “a obrigação de responder pelas consequências jurídicas decorrentes de ato ilícito praticado, reparando o prejuízo ou dano causado” (SANTOS, 2015, p. 28) e pode ser contratual ou extracontratual (aquiliana). O Código Civil distinguiu a responsabilidade contratual, “ao disciplinar os defeitos do negócio jurídico” (arts. 166 a 184), da extracontratual, “ao conceituar o ato ilícito” (art. 186) (STOCO, 2004, p. 136).

A responsabilidade civil contratual é aquela correspondente à “inexecução previsível e evitável, por uma parte ou seus sucessores, de obrigação nascida de contrato prejudicial à outra parte ou seus sucessores” (AGUIAR DIAS *apud* STOCO (2004, p. 137). A responsabilidade civil extracontratual “escapa às regras próprias dos contratos”:

“(…) é certo que a responsabilidade extracontratual se funda na autonomia da vontade, ao passo que a responsabilidade extracontratual independe dela. (...) a responsabilidade contratual obedece às regras comuns dos contratos e, frequentemente, baseia-se em dever de resultado, o que acarreta a presunção de culpa.” (AGUIAR DIAS *apud* STOCO, 2004, p. 137)

A responsabilidade civil contratual é aquela decorrente do próprio contrato, e extracontratual a “que se traduz na violação de um preceito de lei, sem conexão com a norma contratual” (SANTOS, 2015, p. 28). Dentro da responsabilidade extracontratual se insere o dano de índole moral, *que é um dano ofensivo a bens imateriais (incorpóreos) da pessoa humana*.

Na legislação infraconstitucional, os arts. 186 e 927, *caput*, do Código Civil preveem que comete ato ilícito aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, *ainda que exclusivamente moral*, ficando obrigado a repará-lo. O art. 6º, VI, do CDC reconhece como um direito básico do consumidor a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e *morais*, individuais, coletivos e difusos.

O art. 223-B da CLT diz que causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a *esfera moral ou existencial* da pessoa física ou jurídica.

Perceba-se que, em todos esses conceitos, há uma fluidez normativa⁽⁸⁾, a partir da utilização de conceitos abertos (“dano”, “moral”, “existencial” etc.), cabendo ao intérprete forjar o seu conteúdo, atendendo aos fins sociais e às exigências do bem comum e resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana (art. 8º do CPC).

Dito isso, é de se atentar que a Constituição, ao prever a figura do dano, apenas prevê a figura do *dano material* e do *dano moral*. Isso porque, embora trate de dano à imagem no inciso V, a supor que se trataria de categoria autônoma, isso se desfaz na leitura do inciso X, que inclui a imagem dentro do rol (não exaustivo, meramente exemplificativo) de direitos da personalidade, que “são os que se referem à própria pessoa humana” (René Ariel Dotti *apud* STOCO, 2004, p. 1612), assegurado o direito a indenização pelo *dano material ou moral* em caso de violação.

O art. 5º é cláusula “pétrea”, de aplicação imediata (arts. 5º, § 1º, e 60, § 4º, IV, da Constituição), de modo que há no dispositivo constitucional uma garantia de indenizabilidade irrestrita⁽⁹⁾, de modo que esse conteúdo axiológico constitucional não se sujeita nem a supressão posterior e nem é passível de diminuição ou retaliação quanto ao seu alcance.

Ora, se não há limitação quanto ao alcance, e a indenização se mede pela extensão do dano (art. 944 do Código Civil), é possível concluir que, quando a Constituição falou em dano “moral”, trouxe claramente um gênero, que pode ser chamado de *dano extrapatrimonial* ou de *dano moral em sentido amplo/lato*.

O dano extrapatrimonial (ou dano moral em sentido amplo/lato) permite uma *miríade* de danos específicos, *todos indenizáveis*, na medida de suas violações.

A partir de conhecimento consolidado e, em especial, da leitura da obra de Stoco (2004), Franco Filho (2018) e Farias, Braga Netto e Rosenvald (2017), podemos catalogar, dentro do dano extrapatrimonial, alguns danos específicos (rol não exaustivo, meramente exemplificativo): dano moral em sentido estrito, dano a direitos da personalidade, dano existencial, dano estético (Súmula n. 387/STJ), dano biológico, dano psicológico, assédio moral, assédio sexual, assédio processual, revista íntima, dano coletivo, dano social, dano ambiental (Súmula n. 629/STJ), dano decorrente de acidente do trabalho (acidentes típicos e por equiparação – doenças ocupacionais —, na forma dos arts. 19 e 20 da Lei n. 8.213/1991) etc.

O *dano moral em sentido estrito* deve ser utilizado sempre que não houver uma “catalogação” possível e sempre a partir da visão, já explicitada, de que se trata de um conceito *ilimitado* de lesões tuteladas pelo ordenamento jurídico – uma cláusula geral —, em um sistema aberto e dialógico. Deve ser entendido, enfim, como qualquer lesão a um interesse concretamente merece-

(8) O recato da lei tem sentido, pois se firmasse um conceito muito fechado acabaria por “prejudicar sua natural evolução”. A legislação “não conceitua o dano nem tampouco delimita quais seriam as lesões tuteladas pelo ordenamento jurídico. Em verdade, optou por um sistema aberto, em que prevalece uma cláusula geral de reparação de danos.” (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2017, p. 244 e 302).

(9) STF, RE n. 447.584/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 28.11.2006, p. DJ 16.3.2007.

dor de tutela (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2017, p. 244, 302 e 307).

Já o *dano existencial* “é uma subespécie de lesão aos bens imateriais do indivíduo que está intimamente relacionado à jornada de trabalho praticada e à sua elasticidade, em violação às normas trabalhistas” (Lorena de Mello Rezende Colnago *apud* WOLOWSKI, 2018, p. 111). O dano existencial “leva em consideração a própria existência do trabalhador como ser humano”: com o “excesso de trabalho reiterado, o trabalhador não consegue ter um convívio familiar, social e realizar projetos de vida” (WOLOWSKI, 2018, p. 111).

“Verifica-se a existência de dano existencial, quando o empregador impõe um volume excessivo de trabalho ao empregado, impossibilitando-o de estabelecer a prática de um conjunto de atividades culturais, sociais, recreativas, esportivas, afetivas, familiares etc., ou de desenvolver seus projetos de vida nos âmbitos profissional, social e pessoal.” (Rúbia Zanotelli de Alvarenga e Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho *apud* WOLOWSKI, 2018, p. 111)

O TST, de forma vanguardista, reconhece há muito a possibilidade de violação do espectro do ser existencial e sua possibilidade específica de indenização. Em um de seus recentes julgados⁽¹⁰⁾, exemplificadamente, a Corte firmou que o dano existencial é uma moda-

lidade de dano imaterial e extrapatrimonial em que os empregados sofrem limitações em sua vida pessoal, por força de conduta ilícita praticada pelo empregador que importe em “confisco irreversível de tempo que poderia legitimamente destinar ao descanso, ao convívio familiar, ao lazer, aos estudos, à reciclagem profissional e a tantas outras situações, para não falar em recomposição de suas forças físicas e mentais naturalmente desgastadas por sua prestação de trabalho”.

Referências

- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Curso de Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2018.
- SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Responsabilidade objetiva e subjetiva do empregador em face do novo Código Civil*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2015.
- STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- WOLOWSKI, Matheus Ribeiro de Oliveira. *O assédio moral por excesso de trabalho: uma abordagem teórica e empírica*. São Paulo: LTr, 2018.

(10) TST-Ag-AIRR-669-77.2014.5.04.0664, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 27.3.2019, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29.3.2019.

DIREITO DO TRABALHO E A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO: UMA ANÁLISE SOBRE O CENÁRIO ECONÔMICO E AS CONDIÇÕES DE TRABALHO DOS EMPREGADOS NO BRASIL E NECESSIDADE DE AMPLIAÇÃO DA PROTEÇÃO

Katiane Darla da Cruz

Aluna do Curso de Direito – 7º termo do Centro Universitário Eurípides de Marília.

Otávio Augusto Custódio de Lima

Graduado em Direito pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (1992). Mestrado em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (2006) e mestrado em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2002). Atualmente é advogado — Escritório de Advocacia Trabalhista, professor titular da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, arbitro da Câmara Arbitral de Marília e Secretário presidente da Executiva da Comissão Justiça e Paz de Marília – São Paulo.

Introdução

A Globalização Econômica trouxe para o âmbito trabalhista, diversas peculiaridades para que o trabalho

se tornasse cada vez mais flexível e instável. Transportando este fenômeno para o cenário econômico brasileiro, no qual muitas vezes o trabalhador, por não ser qualificado, se submete há situações humilhantes e degra-

dantes, para ter o mínimo de sua subsistência. Diante destas situações devemos nos questionar até que ponto, até qual limite de humilhação, chegará o trabalhador para ter o seu e o sustento de sua família?

Milhares de brasileiros diariamente, vivem e sofrem, para ter um trabalho, sem garantias existenciais, sem a segurança jurídica que é estabelecida como um direito fundamental, como expressamente disposto no art. 7º, da Constituição Federal e destinado aos cidadãos brasileiros, prevendo deveres e garantias:

Nossa Constituição Federal traz a segurança jurídica necessária para que se obtivesse melhoras condições de trabalho, ou ao menos, condições de trabalho dignas, porém o que presenciamos atualmente é uma triste realidade, já que a regra legal não é observada e embora a classe trabalhadora sonhe com melhorias na condição de trabalho e dos salários.

No entanto, em contrapartida, os empregadores buscam a expansão de suas empresas e lucratividade volátil, e nesta busca optam pela contratação de trabalhadores terceirizados (mão de obra mais barata) ou até de trabalhadores informais, sem contrato de trabalho reconhecido, contribuindo significativamente para a prática de um trabalho não decente.

1. Atividades de precariedade na tecnologia atual

Nossa tecnologia tomou boa parte do mercado de obra humana, que faz com que gere conflitos no trabalho e um abalo inerente aos atributos do trabalhador, essas transformações podem significar a precarização no trabalho, que pode ser uma alternativa rentável aos empregadores, no entanto acabam desqualificando a mão de obra, com a diminuição de salários, contratos esporádicos, infringindo a proteção social, deixando vulnerável o trabalhador que muitas vezes migra para o trabalho informal quando há a dispensa das atividades, conforme dados da Organização Internacional do Trabalho (OIT), existem mais de 300 milhões de trabalhadores informais no mundo, sendo que mais de 30 milhões são brasileiros, em trabalhos informais conforme pesquisa realizada pelo IBGE, nos anos de:

- 2012: 37,2 milhões
- 2013: 36,8 milhões
- 2014: 36,1 milhões
- 2015: 36,1 milhões
- 2016: 35,6 milhões
- 2017: 37,3 milhões

No Brasil, essa atividade é consequência do excesso de tributos, burocracia para atuar legalmente, desemprego estrutural, entre outros fatores, sendo a única forma para milhões de pessoas terem uma fonte de renda. Porém, a economia informal também é praticada por organizações criminosas que afeta e desestrutura a economia social e a valorização de uma alta racionalização dos processos produtivos para alcançarem seus objetivos, aumenta as expectativas de exploração do trabalho humano, e a consequência desse fator, é a acumulação de riqueza e aumento da desigualdade social, só farão recrudescer as hostilidades e divergências entre as classes ao longo da história dominando o capitalismo enquanto o modo de produção predominante se alimentar deste remédio.

zão dos processos produtivos para alcançarem seus objetivos, aumenta as expectativas de exploração do trabalho humano, e a consequência desse fator, é a acumulação de riqueza e aumento da desigualdade social, só farão recrudescer as hostilidades e divergências entre as classes ao longo da história dominando o capitalismo enquanto o modo de produção predominante se alimentar deste remédio.

A concentração do poder econômico, os investimentos, as relações políticas com os países, a distribuição de renda em prol de uma sociedade com o intuito de capacitação, valorização e inclusão social dos desempregados, traria um resultado sólido e estruturação econômica e social, modificando o cenário de um país que é a 6ª economia no mundo. Moderações econômicas, voltadas para as condições de trabalho trazendo consigo segurança, tecnologia, condições para a população se incluir nesta modernidade assídua, tornaria nossa realidade eficaz, e vista em países não muito distantes.

Conclusão

Para minimizarmos essas práticas de irregularidades de condições de trabalho, precisaríamos ter uma fiscalização mais constante, para que as normas de trabalho igualitário sejam exercidas para que se possa permitir que a seguridade social ande junto com inclusão social dos menos favorecidos, e haja um crescimento do trabalhador de modo que a relação emprego seja respeitada e concretizada no contexto de proteção da relação e em respeito aos direitos consagrados na nossa Constituição Federal.

Referências

- ALVES, Giovanni. (2013a). Crise estrutural do capital, maquinofatura e precarização do trabalho — a questão social no século XXI. *Textos & Contextos*, 12(2), 235-248. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/viewFile/15882/10735>>. Acesso em: 5 maio 2019.
- ALVES, Giovanni. (2013b). O que é o precariado, *Blog da Boitempo*. Disponível em: <<http://blogdaboitempo.com.br/2013/07/22/o-que-e-o-precariado/>>. Acesso em: 10 maio 2019.
- BRASIL, Constituição da República Federativa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 abr. 2019.
- UOL Economia. IBGE: *Informalidade cresce e atinge 37,3 milhões de trabalhadores em 2017*. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2018/12/05/ibge-trabalhadores-informalidade-brasil-2017.htm>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL PELA FIXAÇÃO DE INDENIZAÇÃO, POR DANO EXTRAPATRIMONIAL, A PARTIR DA SITUAÇÃO ECONÔMICA DO OFENSOR E DO OFENDIDO

Igor de Oliveira Zwicker

Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará (PA), aprovado em 1º lugar geral; Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (PA), aprovado em 1º lugar geral; Especialista em Economia do Trabalho e Sindicalismo pela Universidade Estadual de Campinas (SP); Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes (RJ); Bacharel em Direito e Especialista em Gestão de Serviços Públicos pela Universidade da Amazônia (PA); Analista Judiciário (Área Judiciária) e Assessor Jurídico-Administrativo do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região (PA/AP); Professor de Direito; Autor do livro “Súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos do TST” (São Paulo: LTr, 2015); tem, até 29.3.2019, oitenta e quatro (84) artigos jurídicos publicados, além de dezenas sobre Língua Portuguesa.

O art. 5º da Constituição traz, em seu bojo, cláusulas pétreas, de aplicação imediata (arts. 5º, § 1º, e 60, § 4º, IV, da Constituição). Quando se fala em direitos de natureza “pétreas” (art. 60, § 4º, da Constituição), reconhece-se não apenas que são infensos à supressão posterior, mas que não são passíveis de diminuição ou retaliação quanto ao alcance.

Segundo o STF, o art. 5º, V e X, da Constituição, topograficamente privilegiado e de altíssima carga axiológico-teleológica, impõe interpretação de que a indenização é a mais ampla possível, não sendo lícito sujeitá-la a limites estreitos de nenhuma lei infraconstitucional⁽¹¹⁾.

Ainda o STF, ao utilizar de expressão singular e representativa da grandeza do dispositivo constitucional – *indenizabilidade irrestrita* —, aferiu que toda limitação indenizatória do dano, de forma prévia e abstrata, é incompatível com o alcance assegurado pela Constituição⁽¹²⁾. A indenização deve sempre ser objeto de juízo de equidade⁽¹³⁾ — nesse sentido, a própria Constituição menciona, enfaticamente, a noção de proporcionalidade.

A interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica “rejeita a absolutização do tarifamento”, com prevalência da “noção jurídica advinda do princípio da proporcionalidade-razoabilidade”. Afasta-se “o critério de tarifação da indenização por dano moral” (DELGADO; DELGADO, 2018, p. 148). Nesse sentido, de longa data, o STF afasta a possibilidade do estabelecimento de qualquer tarifação, “confirmando, nesse aspecto, a Súmula n. 281 do [STJ]”⁽¹⁴⁾:

(11) STF, RE n. 396.386/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 29.6.2004, p. DJ 13.8.2004.

(12) STF, RE n. 447.584/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 28.11.2006, p. DJ 16.3.2007.

(13) STF, RE n. 447.584/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 28.11.2006, p. DJ 16.3.2007.

(14) Súmula n. 281 do STJ: “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”.

“Aliás, seria mesmo inconcebível, sob pena de a lógica deixar de ser o caminho certo do raciocínio, que uma ofensa à honra feita pessoalmente por um indivíduo a outro, num ambiente restrito, pudesse, pelo menos em tese, sofrer indenização na exata extensão da reparabilidade plena do dano causado, enquanto que o dano decorrente de uma notícia maliciosa que a propagasse, de efeito destrutivo bem mais intenso, ficasse limitada apenas aos contornos da tarifação prevista na Lei de Imprensa.”⁽¹⁵⁾

Na ADPF n. 130⁽¹⁶⁾, o STF definiu vetores adequados para a fixação do *quantum*: os princípios da equidade e da razoabilidade, os critérios da gravidade e da extensão do dano, a reincidência do ofensor, a posição profissional e social do ofendido e a condição financeira do ofendido e do ofensor (parâmetros *cumulativos*).

O Enunciado n. 550 das Jornadas de Direito Civil define que “a quantificação da reparação por danos extrapatrimoniais não deve estar sujeita a tabelamento ou a valores fixos”, sob a seguinte justificativa:

“‘Cada caso é um caso’. Essa frase, comumente aplicada na medicina para explicar que o que está descrito nos livros pode diferir da aplicação prática, deve ser trazida para o âmbito jurídico, no tocante aos danos morais. Há três anos, o STJ buscou parâmetros para uniformizar os valores dos danos morais com base em jurisprudências e fixou alguns valores, por exemplo, para os casos de morte de filho no parto (250 salários) e paraplegia (600 salários). Da análise desse fato, devemos lembrar que a linha entre a indenização ínfima e o enriquecimento sem causa é muito tênue; entretanto, a análise do caso concreto deve ser sempre priorizada. Caso contrário, correremos o risco de voltar ao tempo da Lei das XII Tábuas, em que um osso quebrado ti-

(15) STJ, REsp n. 63.520/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, Red. p/Acórdão Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 18.6.1998, p. DJ 19.10.1998.

(16) STF, ADPF 130/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, j. 30.4.2009, p. DJe 6.11.2009.

nha um valor e a violência moral, outro. Quando um julgador posiciona-se acerca de um dano moral, deve atentar para alguns pontos, entre os quais a gravidade do fato, a extensão do dano, a posição social e profissional do ofendido, a condição financeira do agressor e do agredido, baseando-se nos princípios da razoabilidade, equidade e proporcionalidade, além da teoria do desestímulo. Dessa forma, a chance de resultados finais serem idênticos é praticamente nula. O juiz não pode eximir-se do seu dever de analisar, calcular e arbitrar a indenização dentro daquilo que é pretendido entre as partes. Assim, considerando o que temos exposto, conclui-se que não deve existir limitação prévia de valores, sob o risco de fomentarmos a diabólica indústria do dano moral.”

A reparação, em síntese, volta-se ao prejuízo injustamente perpetrado à vítima pelo ofensor. O art. 5º, § 1º, da Constituição não só “autoriza que os operadores do direito, mesmo à falta de comando legislativo, venham a concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa” como “gera o poder-dever de *recusar* aplicação a preceitos que não respeitem direitos fundamentais” e “dar aplicação aos direitos fundamentais mesmo *contra* a lei” (MENDES; BRANCO, 2017. p. 151-152, grifo nosso).

A tutela da dignidade da pessoa humana perpassa a máxima efetividade e concretização dos direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas e todos os outros direitos conexos a esse arcabouço axiológico, além da permanente e progressiva higidez e amplitude quanto à tutela desses direitos e a garantia de indenização por dano material, moral ou à imagem, quando se fizerem necessários ao resguardo e promoção da dignidade da pessoa humana e sua elevada carga valorativa.

Do conteúdo jurídico e alcance material do princípio da indenizabilidade irrestrita extraímos outro princípio de igual importância: o da *reparação* ou *restituição integral* — *restitutio in integrum* —, que exige, na fixação da indenização, a exata extensão da reparabilidade plena do dano causado. Nesse diapasão, além da evidente diretriz do art. 5º, V e X, da Constituição, o art. 944 do Código Civil prevê, em seu *caput*, que “a indenização mede-se pela extensão do dano” e, no parágrafo único, fala expressamente em “equidade”:

“(…) o princípio da restituição integral, no âmbito das consequências do descumprimento das obrigações, deve ter seu significado extraído à luz das cláusulas gerais da boa-fé e da função social do contrato em razão da garantia constitucional da propriedade privada insculpida nos arts. 5º, XXII e 170, II, ambos da Constituição Federal de 1988, preservando, inclusive, a existência digna do cidadão (art. 1º, III, da Constituição Federal).” (SCAVONE JUNIOR, 2007, p. 251-252)

No caso do *dano extrapatrimonial*, à luz do princípio da reparação integral, “o dever de reparar será estabelecido pelo julgador de acordo com as peculiaridades que se apresentarem no caso concreto, mas sempre tendo em vista a extensão da lesão sofrida pela vítima”.

Ao mensurar o conteúdo jurídico do art. 944 do Código Civil, o TST firmou que o julgador, ao arbitrar o valor atinente à indenização por danos morais, deve

observar os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade e, para mensurar o justo valor da indenização, deve: (i) repudiar a indenização simbólica e o enriquecimento ilícito, (ii) buscar a *reparação integral sem se admitir a sua tarifação*, (iii) considerar que o dano à pessoa goza de autonomia, (iv) observar a gravidade do caso, (v) verificar as peculiaridades do caso, tanto com relação à vítima como quanto ao ofensor, (vi) ponderar a situação econômica da vítima e do ofensor e (vii) zelar pela harmonização dos valores de indenização arbitrados em casos semelhantes (juízo de equidade)⁽¹⁷⁾.

Pois bem. A Lei n. 13.467/2017, chamada de “Reforma Trabalhista”, incluiu o Título II-A à CLT, nomeado “Do Dano Extrapatrimonial”. O art. 223-G utiliza como critério para fixação da indenização a situação econômica do ofensor e do ofendido, em múltiplos do último salário contratual do ofendido. A norma sancionada, ao introduzir uma tarifação prévia e abstrata, pela via infraconstitucional, desconstrói a “maior amplitude possível” da indenização, sujeita o seu valor a “limites estreitos” e é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela Constituição. Por via de consequência, não promove a reparação integral.

Imagine-se um engenheiro de obras, com o salário fixado em dez mil reais, e um pedreiro, que aufera um salário mínimo mensal. Ambos sofrem idêntico acidente do trabalho, de natureza gravíssima (ficam tetraplégicos). Enquanto a indenização do engenheiro esteja limitada a quinhentos mil reais, a indenização do pedreiro estará limitada a módicos R\$ 49.900,00 (art. 223-G, § 1º, IV, da CLT), considerado o valor atual do salário mínimo (R\$ 998,00), na forma do Decreto n. 9.661/2019.

Imagine-se, outrossim, que ambos morram. Em tese, pela literalidade da CLT, os trabalhadores mortos não serão indenizados, a título de danos extrapatrimoniais (a indenização se transmite com a herança, segundo o art. 943 do Código Civil) e os herdeiros, no mesmo passo, não serão indenizados pelo dano indireto (em ricochete), pois a pessoa natural cuja esfera moral ou existencial foi ofendida está morta e o morto é titular “exclusivo” da indenização (art. 223-B da CLT).

Além de não atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, não resguardar e nem promover a dignidade da pessoa humana, não observar a proporcionalidade, a razoabilidade e a equidade, a CLT, nesse ponto, incorre em grave vício material de inconstitucionalidade (art. 5º, V e X, da Constituição) e em injustificável antinomia com a norma-regra contida no art. 944 do Código Civil.

Macula o princípio da indenizabilidade irrestrita e ofende o princípio da reparação integral, que não se satisfazem quando o julgador está adstrito e limitado a valores prévios, independentemente do caso concreto analisado. A Lei n. 13.467/2017 incide em manifesta violação ao princípio da isonomia e ofende o juízo de equidade, pois discrimina de forma negativa uma categoria de pessoas, os trabalhadores, que se encontram em condições de vulnerabilidade, colocando-os em patamar inferior ao que dispõe o direito comum.

(17) TST, ARR-1887-85.2013.5.15.0045, 8ª Turma, Rel. Min. Dora Maria da Costa, j. 27.2.2019, p. DEJT 1º.3.2019.

Referências

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2018. p. 148.

MATIELLO, Fabrício Zamproga. *Código Civil comentado: Lei n. 10.406, de 10.01.2002*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 152.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Do descumprimento das obrigações: consequências à luz do princípio da restituição integral*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS MORAIS EM CASO DE MORTE – CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO

Celio Roberto Correa

Mestrando em Direito no Centro Universitário Internacional de Curitiba – UNINTER. Bolsista 100% no Programa de Excelência do PPGD-UNINTER. Pós-Graduado em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP. Graduado em Direito pela Faculdade Internacional de Curitiba.

Por ocasião da chamada reforma trabalhista, a Lei n. 13.467/2017 apresentou o art. 223-G como promessa de solução das questões que envolvem o dano extrapatrimonial, teoricamente municiando os magistrados com parâmetros suficientes para a correta fixação do *quantum*. Inobstante a tentativa de regulamentação pelo legislador, entendemos que o tratamento apresentado como solução não resiste ao crivo da constitucionalidade, vez que não observa requisitos mínimos insertos no ordenamento jurídico.

É o que ressalta Delgado ao asseverar que os critérios de fixação para a indenização por dano extrapatrimonial previstos no art. 223-G, § 1º e incisos da CLT ignora por completo o fato de que o texto Constitucional rechaça qualquer modelo que considere a tarifação, conforme se extrai do art. 5º, inciso V, sobretudo porque ignora o princípio da proporcionalidade-razoabilidade⁽¹⁸⁾.

De fato, o regramento inserido pela nova lei denota evidente violação a isonomia disposta no texto Constitucional em seus arts. 3º, inciso IV, e 5º, *caput*, vez que implementa injustificado e desproporcional tratamento entre pessoas, acabando por ofender, conseqüentemente, ao maior dos princípios constitucionais, qual seja, à dignidade da pessoa humana, devidamente previsto no art. 1º, inciso III⁽¹⁹⁾.

Com efeito, ressalta Delgado que o texto constitucional atual rechaçou certos critérios até então uti-

lizados para avaliação, justamente com o objetivo de reduzir a discriminação ou valoração diferenciada e injustificável entre pessoas humanas, vez que a honra, a dignidade, a higidez física e psíquica, além de outros bens e valores de cunho moral inerentes a todo e qualquer ser humano, ou seja, independente de sua condição social, cultural, política, econômica, de modo que, e não por acaso, o art. 5º, inciso V, do texto Constitucional prevê expressamente que a reparação deve ser proporcional ao agravo⁽²⁰⁾.

Perceba-se ainda que mesmo a falha tentativa de correção do equívoco normativo trazido pela Lei n. 13.467/2017 ao implementar a Medida Provisória n. 808/2017, já rechaçada, nada fez senão reiterar o erro, vez que manteve o mesmo critério utilizado, alterando apenas a “base de cálculo”, mas igualmente avessa aos ditames normativos existentes na redação original⁽²¹⁾. Não por acaso, reconhecido por alguns doutrinadores como um “paradoxal sistema ressarcitório em que a tutela jurídica de interesses extrapatrimoniais é prévia e abstratamente tarifada por um inflexível critério patrimonial, independente da concreta extensão dos danos e das particularidades do caso concreto”⁽²²⁾. Em verdade, referido modelo já havia sido analisado e reconhecido como inaplicável pelo STJ, naquele que era o único modelo vigente de tarifação conhecido⁽²³⁾.

(20) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2018. p. 747.

(21) DALLEGRAVE NETO, José Affonso; KAJOTA, Ernani. *Reforma trabalhista ponto a ponto: estudos em homenagem ao professor Luiz Eduardo Gunther*. Vários autores. São Paulo: LTr, 2018. p. 95.

(22) FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 357.

(23) Súmula 281/STJ – 18.12.2017. Responsabilidade civil. Dano moral.

(18) DELGADO, Mauricio Godinho. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. Mauricio Godinho Delgado, Gabriela Neves Delgado. São Paulo: LTr, 2017. p. 146-147.

(19) DALLEGRAVE NETO, José Affonso; KAJOTA, Ernani. *Reforma trabalhista ponto a ponto: estudos em homenagem ao professor Luiz Eduardo Gunther*. Vários autores. São Paulo: LTr, 2018.

De fato, a matéria carece de maior atenção, conforme bem ressalta Cássio Colombo Filho ao abordar o tema, lembrando que a temática é objeto de incontáveis estudos e de raras conclusões realmente aproveitáveis. No geral, ressalta Colombo, a doutrina e a jurisprudência tem considerado de modo geral as circunstâncias do fato, grau da culpa, duração do sofrimento, partes psicológicas atingidas, condições do ofensor e do ofendido e a dimensão da ofensa, caráter punitivo e pedagógico da agressão de modo que o locupletamento da vítima seja evitado, além dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade⁽²⁴⁾.

Não bastasse a inconstitucionalidade apresentada em linhas anteriores quanto ao modelo de tarifação, também o abismo legislativo é evidente quando da análise de casos mais graves, como por exemplo, o caso ocorrido em Brumadinho/MG, onde muitos trabalhadores tiveram ceifadas suas vidas, e uma questão principal é motivo de infundável discussão, a saber, o valor da indenização em razão da morte do trabalhador.

Veja que da análise literal da nova regra trabalhista ter-se-ia resolvida a questão mediante simples consulta ao art. 223-G (critérios) e § 1º da CLT, (parâmetros de quantificação), o que poderia alcançar o valor máximo correspondente a 50 vezes o salário contratual, reacendido o debate por conta da limitação indenizatória apresentada pelo novo modelo.

Para Alessandra Barichello Boskovic, os debates envolvendo o teor do art. 223-G da CLT são impertinentes, vez que o tabelamento apresentado não se aplica em caso de falecimento do trabalhador. Para a professora, é o art. 223-C que lista os bens juridicamente tutelados, os quais são passíveis de configurar danos extrapatrimoniais, mas deixa de tratar do direito a vida, ou seja, a perda dela. Assim, em caso de falecimento do trabalhador, a dor que se busca compensar não é a do trabalhador, mas a de sua família, alternando a natureza da indenização que passaria a ser civil e não mais trabalhista, rechaçando a limitação imposta pelo art. 223-G ou mesmo pelo salário do empregado, para aplicar o disposto nos termos do art. 944 do Código Civil⁽²⁵⁾.

Para Tércio Roberto Peixoto Souza, de fato a CLT não traz em seu bojo tratamento acerca da indenização em caso de falecimento do trabalhador, de modo que eventual fixação mediante os critérios dispostos na CLT incorreria em flagrante ofensa constitucional. Assevera:

“Em primeiro lugar, cumpre reafirmar que a própria Constituição Federal assegura a qualquer pessoa, trabalhador ou não, pessoa física ou jurídica, a integral reparação pelo dano sofrido, inclusive quando aos denominados danos morais, ou extrapatrimoniais, como se depreende da redação de diversos dispositivos cons-

titucionais (art. 5º, X, XXXV c.c. 7º, XXVIII). A legislação civil se encaminha no mesmo sentido, determinando àquele que causar dano a outrem tem a obrigação de indenizá-lo (art. 927, CC).

Qualquer compreensão que enseje à conclusão de que seria possível a existência de prejuízo não indenizável, ou apenas parcialmente indenizável, inclusive quanto àqueles danos morais dos herdeiros de qualquer trabalhador, seria inquestionavelmente inconstitucional. Constatado o dano e a sua extensão, inequivocamente deve ser integralmente restituída a vítima pelo agressor⁽²⁶⁾.”

Não por acaso, também a ADIN ajuizada pela Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho — ANAMATRA, em face dos incisos I, II, III e IV do § 1º do art. 223-G da Consolidação das Leis do Trabalho, argumentando “que a lei não pode impor limitação ao Poder Judiciário para a fixação do valor de indenização por dano moral, previsto no inciso XXVIII, do art. 7º, da CF, sob pena de limitar o próprio exercício da jurisdição”.

Referida ADIN de n. 6.050 ressalta o tratamento dado pelo STF quanto as questões envolvendo dano moral, estando a questão assentada nos incisos V e X do art. 5º, como forma de ampliar a possibilidade de elasticidade da compensação, levando, por consequência, à conclusão definitiva que qualquer modelo tarifário não foi recepcionado pela Constituição de 1988, sobretudo porque estaria impedindo o Poder Judiciário de fixar uma indenização condizente com a reparação efetiva do dano, não bastasse a ofensa literal ao princípio da isonomia, vez que um mesmo fato envolvendo empregados com salários diferentes configuraria clara ofensa ao respectivo princípio⁽²⁷⁾.

Significa dizer que a decisão mais justa só pode nascer após debruçada análise caso a caso, e em plena observância de todas as circunstâncias que envolvem o tema, jamais se apegando à dispositivos limitadores ou tarifários.

Portanto, o atual modelo implementado com a Lei n. 13.467/2017 mostra-se notadamente inconstitucional, vez que desconsidera parâmetros extremamente necessários à fixação, ao passo que considera outros não mais seguros do que o modelo anterior.

Desta forma, as limitadas linhas que nos cabem são suficientes para demonstrar a notória inconstitucionalidade do art. 223-G em razão de seu modelo tarifário. Ainda, que o capítulo referente ao dano extrapatrimonial não é suficientemente claro ao ponto de fixarmos entendimento acerca da tentativa de tratamento ou não pela CLT. Quanto as indenizações em caso de morte do trabalhador, nos parece prudente e correta a aplicação nos termos do art. 944 do Diploma Civil.

Imprensa. Tarifação prevista na lei de imprensa. Inaplicabilidade. Lei n. 5.250/1967, arts. 49, 51 e 52. CF/1988, art. 5º, V e X. CCB, art. 159. “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”.

(24) COLOMBO FILHO, Cássio. Quem paga essa conta? Danos morais, assédio moral e outras encrescas: manual de diretrizes de compliance para gerenciamento da ética laboral. Curitiba, Direito Prático, 2016. p. 118.

(25) BOSKOVIC, Alessandra Barichello. *Brumadinho*: indenizações por danos morais no maior acidente do trabalho da história. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/brumadinho-indenizacoes-por-danos-morais-no-maior-acidente-do-trabalho-da-historia/>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

(26) SOUZA, Tércio Roberto Peixoto. *Tragédia do Brumadinho*: Não há limite na indenização em razão do evento morte aos Trabalhadores da Vale. Disponível em: <<https://terciosouza.jusbrasil.com.br/artigos/667996909/tragedia-do-brumadinho-nao-ha-limite-na-indenizacao-em-razao-do-evento-morte-aos-trabalhadores-da-vale>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

(27) SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 6.050. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5612680>>. Acesso em: 23 abr. 2019.

TRABALHO INFANTIL: UMA REFLEXÃO SOBRE A INVISIBILIDADE DAS CRIANÇAS QUE TRABALHAM NAS RUAS

Ana Carolina R. Bastos

Graduanda do Curso de Direito da Instituição Centro Universitário Eurípedes da Rocha – UNIVEM.

Otávio Augusto Custódio de Lima

Graduado em Direito pela Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha (1992). Mestrado em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (2006) e mestrado em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2002). Atualmente é advogado — Escritório de Advocacia Trabalhista, professor titular da Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha, árbitro da Câmara Arbitral de Marília e Secretário presidente da Executiva da Comissão Justiça e Paz de Marília – São Paulo.

Introdução

A presente tese propõe uma reflexão sobre o trabalho infantil e a invisibilidade das crianças que trabalham na rua, devido esta situação ser uma das formas de trabalho infantil que mais prejudicam as crianças, não só fisicamente, mas também trazendo prejuízos significativos na área educacional e, consequentemente, limitando consideravelmente a possibilidade de ascensão social. Afinal, não temos como negar a constante exposição que estas crianças têm com a violência nas ruas, à exploração sexual e ao aliciamento pelo tráfico e consequentemente ao uso de drogas e o consumo de bebidas alcoólicas. Este cenário é capaz de proporcionar um efeito “bola de neve”, no qual, fica cada vez mais difícil sair, ainda mais com uma porcentagem alarmante de evasão escolar e de desenvolvimento afetivo precário.

Atualmente, não é possível ter dados específicos sobre a quantidade de crianças que enfrentam essa jornada, mas apenas estatísticas, segundo o IBGE de 2016, são mais de 190 mil crianças de até 14 anos submetidas ao trabalho infantil em suas diversas áreas, já no que tange as ruas é impossível ter uma estatística correta com a realidade, no entanto nos deparamos com elas em condições perigosas e precárias, nos faróis das cidades principalmente no comércio ambulante e feiras livres.

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. O Brasil registrou, entre 2007 e 2018, 43.777 acidentes de trabalho com crianças e adolescentes nessa faixa etária, segundo dados do Sistema de Informação de Agravos de Notificação (Sinan) do Ministério da Saúde, além disso entre esses, 261 casos foram fatais. Os números embora alarmantes não correspondem à realidade, sendo esta ainda pior.

Referido diagnóstico, não nos permite “fechar os olhos” para um problema tão grave, com desculpas que beiram o senso comum e que em de nada condizem com a realidade e possibilidade de melhora de condi-

ções destas crianças, pois é muito comum ouvirmos relatos do tipo: “que é melhor estar trabalhando do que estar fazendo algo errado na rua”. Assim, a presente tese sugere um olhar crítico e aprofundado, para o trabalho de crianças, que terá como ponto de partida os dados estatísticos, olhares de críticos renomados, em consonância com as leis que deveriam preservar e proteger estas crianças.

De acordo com o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), Lei n. 8.069/1990, é proibida qualquer forma de trabalho até os 13 anos de idade, sendo apenas permitido a partir dos 14 anos, na condição de aprendiz, que tem por objetivo o desenvolvimento profissional do jovem, considerando seu direito de inserção no mercado de trabalho, devendo-se evidentemente observar que este está em processo de formação em todos os aspectos (fisiológicos, psicológicos e sociais), e principalmente, sendo indispensável que o aprendiz frequentar a escola. Há também restrições ao trabalho noturno, insalubre e perigoso, para outras contratações com carteira assinada de trabalhadores com 16 e 17 anos, embora devemos ressaltar que esses trabalhos, acima mencionados, são responsáveis por uma grande parcela de acidentes de trabalho no país.

O governo federal lançou em 27 de novembro de 2018, o 3º Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil. O documento traça um conjunto de medidas a serem adotadas entre os anos de 2019 e de 2022 para tentar acabar com essa prática. O documento traça um conjunto de medidas a serem adotadas para acabar com essa prática que tem como propósito a priorização da prevenção e erradicação do trabalho infantil nas políticas públicas, o aperfeiçoamento de ações voltadas a esses objetivos, a promoção de campanhas de comunicação e o fomento à geração de informações e conhecimentos sobre a realidade dessa prática no país, segundo informa a Agência Brasil.

Ademais, além de práticas governamentais deve ser instalado na sociedade o reconhecimento dos impactos que tem na vida dessas crianças, pois o trabalho infantil além de ser ilegal é imoral e devemos zelar para que essas crianças tenham oportunidades a educação e

a própria infância, permitindo que elas possam brincar e socializar com outras crianças e assim desenvolver as suas faculdades de forma integral e que para futuramente tenham chances reais de ingressarem no mercado de trabalho de forma digna e honrosa.

Este desejo, está resguardo pelo ECA que no seu art. 4º, expressamente prevê que: “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”.

Um das causas que mais acentuam a ocorrência do trabalho infantil é a pobreza, aliada a ausência de oportunidades para desenvolver capacidades. O Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalhador aponta que quanto mais precoce é a entrada no mercado de trabalho, menor é a renda obtida ao longo da vida adulta. Esse sistema mantém os altos graus de desigualdade social, e de ciclos levados a gerações, sendo mais de 60% de crianças negras.

Segundo a Procuradora Elisiane dos Santos, em uma análise histórica sobre as “heranças” deixadas pela escravidão explica que: “Nesse período, as crianças negras já eram utilizadas em serviços domésticos e agrícolas. Mais tarde, na pós-abolição, ficaram abandonadas à própria sorte, executando trabalhos precários. E hoje, as atividades nas ruas são vistas como ‘não trabalho’ e ainda estão associadas à criminalidade, o que retira das crianças o olhar de proteção do Estado e da sociedade”.

É um problema bastante complexo, que aflige não somente nosso país, mas o mundo todo, na questão do Brasil esta prática ocorre pois tudo está interligado, afinal a criança precisa satisfazer suas necessidades básicas como vestimentas, alimentos, remédios, ter um lar. Como não conseguem acessar estas necessidades, em razão da realidade de vida, muitas vezes numa família numerosa, com cinco, seis pessoas, onde não possuem o básico para viver, é nítido que não terão motivação para de frequentar a escola e quando o fazem, não conse-

guem um aproveitamento que os fará saírem do círculo vicioso da pobreza, já que em contrapartida, precisam se manter nesta condição, em razão da necessidade básica para manutenção de um sustento mínimo.

Por todo o exposto, é impossível negar que o trabalho infantil, se constitui não somente numa grave violação dos direitos humanos e dos princípios fundamentais para um trabalho digno. Neste contexto, o trabalho de crianças, representa uma das principais antíteses do que deve ser a definição de trabalho decente e de dignidade humana. No entanto, sabemos que a solução não é simples e a proposta do Plano Nacional, para ser eficaz demanda uma série de ações, não só do Poder Público, mas também de toda a sociedade. O trabalho de crianças é um aglomerado de problemas e estes pequenos que deveriam ser protegidos e que deveriam estar brincando se submetem a um mercado de trabalho informal cruel, que os negligencia e os ignora, mantendo-os marginalizados e submetidos a todo tipo de violência, para apenas conseguir sobreviver! Mas a pergunta que devemos formular é: eles vivem?

Referências

- BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 maio 2019.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 maio 2019.
- Banco de dados do IBGE e PNAD: Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/>>. Acesso em: 15 maio 2019.
- International Labour Organization. Disponível em: <<https://www.ilo.org/>>. Acesso em: 15 maio 2019.
- OLIVA, J. T. Trabalho infantil nas ruas, pobreza e discriminação: crianças invisíveis nos faróis da cidade de São Paulo. *Jornal da USP*, São Paulo, 19 set. 2016.
- Rede Peteca: Chega de trabalho infantil. Disponível em: <<https://www.chegadetrabalho infantil.org.br>>. Acesso em: 15 maio 2019.

DIREITO À PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS DO TRABALHADOR

Maíra Brecht Lanner

Mestre em Direito (UFRGS – 2019), com especialização em Direito Ambiental Nacional e Internacional (UFRGS – 2012), bacharelado em Direito (Uniritter – 2015) e em Ciências Biológicas (UFRGS – 2011).

As novas tecnologias possibilitam ao empregador, por exemplo, monitorar as pesquisas realizadas pelo trabalhador, verificar o tempo que este leva para

executar cada tarefa, acessar as ferramentas de comunicação (correio eletrônico, aplicativos de mensagens) etc. Tais dados podem conter informações da esfera íntima

do trabalhador, que talvez sejam relevantes para o empregador, mas que não são do interesse do trabalhador compartilhar. Ainda, as redes sociais permitem que o empregador vigie o trabalhador em seus momentos de lazer e lhe aplique sanções por seu comportamento. Veja-se o exemplo dos torcedores brasileiros durante a realização da Copa do Mundo de Futebol na Rússia entre junho e julho de 2018.

Fato amplamente divulgado na mídia, tem-se notícia de que brasileiros apresentaram comportamento reprovável ao divulgar em redes sociais vídeos de mulheres de nacionalidade russa falando palavras ofensivas por eles ensinadas. Esse acontecimento passou a ser relevante para o Direito do Trabalho em razão de sua consequência: os homens identificados pelas redes sociais tiveram seus contratos de trabalho encerrados.

A repercussão negativa do comportamento dos trabalhadores afetou seu contrato de trabalho. O jornal *Gazeta do Povo* publicou a manchete “Torcedores brasileiros se comportam mal na Copa da Rússia. As reações são exageradas?”. A revista *Veja* divulgou: “Latam demite funcionário envolvido em vídeo machista na Rússia”. A revista *Exame* noticiou: “Por esta demissão por justa causa brasileiros na Rússia não esperavam”.⁽²⁸⁾

Oliveira Neto (2018, p. 134) argumenta que as empresas devem adotar práticas que visem minimizar os efeitos danosos que as relações do trabalho podem sofrer em ambiente virtual e destaca as situações em que a liberdade de expressão do trabalhador em ciberespaço atinge a higidez do ambiente de trabalho. Para o autor, “[...] o empregado tem o direito à manifestação do pensamento; [e] o empregador possui o direito à preservação da sua imagem, reputação, e preservação do saudável ambiente de trabalho, com ainda mais ênfase nos ambientes virtuais [...]” (OLIVEIRA NETO, 2018, p. 147).

Cabe ao empregador criar regras de conduta no ambiente virtual por meio de políticas de uso das redes sociais. Essas políticas, de caráter preventivo, estabelecem regras que extrapolam o limite da jornada de trabalho, ou seja, são aplicáveis mesmo quando o trabalho não está sendo prestado e até mesmo após encerrada a relação de emprego. Desta forma, há uma limitação dos direitos de expressão do empregado com o objetivo de proteger os direitos do empregador e preservar a imagem da empresa e a salubridade do meio ambiente do trabalho. Para tanto, a política de uso das redes sociais, elaborada pelo empregador, deve esclarecer que o empregado é livre para se manifestar nas redes sociais, desde que tal manifestação não viole direitos de terceiros e não prejudique o ambiente de trabalho nem a imagem da empresa.

Nesse cenário no qual tudo está armazenado na rede e acessível pela internet, a proteção dos dados pessoais do trabalhador merece tutela desde o momento em que se candidata ao emprego até após o fim da relação laboral. Nesse sentido, cabe mencionar a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que em seu art. 8º enuncia que: (1) todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito; (2) esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legiti-

mo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva retificação; (3) o cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.

No Brasil, destaca-se a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD — Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018), a qual dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera o Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014). A LGPD, conforme disposto em seu art. 1º, abrange o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Embora não se trate de uma legislação específica de Direito do Trabalho, pode ter reflexos nas relações trabalhistas, uma vez que as empresas coletam dados de candidatos à vaga de emprego, bem como de seus empregados ativos.

O empregador deve exercer sua autonomia privada de buscar informações sobre o empregado para garantir a adequação do contrato de trabalho à satisfação dos seus interesses, em razão da relevância de tais aspectos para a prestação da atividade laboral e por tais circunstâncias dizerem respeito a interesses legítimos do empregador. Um exemplo seria consultar a devida inscrição do empregado em conselho profissional, como OAB, CREA e CRM. No entanto, para Sara Costa Apostolides (2008, p. 222), o ato de autoinformação do empregador tem limites, pois este não é livre para investigar todo e qualquer aspecto da vida privada do trabalhador. A autora aponta dois campos de análise para orientação do empregador na busca da informação: métodos de investigação e conteúdo da informação.

Quanto ao método de investigação, a informação deve ser prestada espontaneamente pelo trabalhador ou, quando questionado, deve consentir em prestar a informação, não devendo ser utilizados métodos de investigação indiretos ou dissimulados. Quanto ao conteúdo da informação, o trabalhador deve responder àquelas perguntas que forem legítimas, ou seja, aquelas que sejam relevantes para a prestação da atividade laboral. As questões relevantes para a formação da vontade do empregador que não disserem respeito à prestação da atividade pelo trabalhador são questões ilegítimas, não sendo o trabalhador obrigado a responder (APOSTOLIDES, 2008, p. 223-225).

A perenidade da informação proporcionada pela tecnologia pode provocar danos aos trabalhadores. Situações desabonadoras, deslizos e negligências podem se tornar públicas por meio da rede mundial de computadores, afetando negativamente a inserção no mercado de trabalho, uma vez que o empregador em potencial tem acesso a essa informação. Usa-se novamente o caso dos torcedores brasileiros durante a Copa do Mundo de Futebol na Rússia. A ampla cobertura midiática em torno da conduta dos trabalhadores está disponível para consulta, bastando digitar “brasileiros demitidos” na ferramenta de pesquisa da empresa Google⁽²⁹⁾ para que

(28) A informação completa das reportagens citadas está disponível ao final deste artigo no item das referências.

(29) A pesquisa com os termos “brasileiros demitidos”, realizada na ferramenta Google no dia 24 de julho de 2018, retornou nove reportagens diferentes na primeira página do navegador de internet.

se acesse reportagens de diferentes veículos, contendo inclusive o nome e a foto dos trabalhadores.

Não é difícil imaginar a dificuldade de reinserção desses trabalhadores no mercado. Para contornar essa situação, tem-se a possibilidade de reivindicar-se o direito ao esquecimento. Para Chehab, o direito ao esquecimento “[...] é a validade que o titular de um dado pessoal tem para vê-lo apagado, suprimido ou bloqueado [...]” (CHEHAB, 2015, p. 115). O Enunciado n. 531 aprovado na VI Jornada de Direito Civil consigna que a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

O Marco Civil da Internet estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Em seu art. 3º, a referida lei aponta como princípios do uso da internet no Brasil, dentre outros, a proteção da privacidade e a proteção dos dados pessoais. A controvérsia gerada pelo direito ao esquecimento gira em torno da colisão entre a liberdade de expressão e de informação, e o direito à vida privada, à honra e à intimidade. O direito ao esquecimento ou direito a ser esquecido, engloba a possibilidade de que, após um determinado tempo, a informação seja apagada, ou desvinculada da pessoa a que diz respeito, conforme já consta no Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. O direito ao esquecimento, no viés do Direito do Trabalho, tem por objetivo evitar que se tenha a disseminação da informação pessoal passada, que deixando de cumprir a sua finalidade provoque um dano ao trabalhador.

Referências

- APOSTOLIDES, Sara Costa. *Do dever pré-contratual de informação e da sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho*. Coimbra: Almedina, 2008.
- CHEHAB, Gustavo Carvalho. *A privacidade ameaçada de morte*. São Paulo: LTr, 2015

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado 531. *VI Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

GRANATO, Luísa. Por esta demissão por justa causa brasileiros na Rússia não esperavam. *Exame*, 21 jun. 2018. Carreira – Você S/A. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/carreira/por-esta-demissao-por-justa-causa-brasileiros-na-russia-nao-esperavam/>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

MENDES, Helen; DRESCHSEL, Denise. Torcedores brasileiros se comportam mal na Copa da Rússia: As reações são exageradas? *Gazeta do Povo*. Curitiba, 20 jun. 2018. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/ideias/torcedores-brasileiros-se-comportam-mal-na-copa-da-russia-as-reacoes-sao-exageradas-7ilid57s1rj2xesun1cddgml/>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. *Trabalho em ambiente virtual: causas, efeitos e conformação*. São Paulo: LTr, 2018.

PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA; COMISSÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000/C 364/01). *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2018.

PARLAMENTO EUROPEU. Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016. *Jornal Oficial da União Europeia*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN>>. Acesso em: 20 dez. 2018).

VEJA. LATAM demite funcionário envolvido em vídeo machista na Rússia. *Revista Veja*, 20 jun. 2018, Economia. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/economia/latam-demite-funcionario-envolvido-em-video-machista-na-russia/>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

A SUSPENSÃO DA CARTEIRA DE HABILITAÇÃO DO EXECUTADO COMO MEDIDA DE EFETIVAÇÃO DA EXECUÇÃO TRABALHISTA

Fabiana Pacheco Genehr

Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. Pós-Graduada em Processo Civil e Pós-Graduada em Processo do Trabalho pela Universidade de Caxias do Sul – UCS. Servidora do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

Introdução

Atualmente, um dos maiores entraves que o processo trabalhista trespassa é a falta de efetivação da

prestação jurisdicional a contento. O sistema processual possui recursos infundáveis, larga burocracia e a grande quantidade de processos a serem julgados levam à morosidade da Justiça. A fase de execução do processo é a

que mais aumenta o tempo de tramitação do processo trabalhista, segundo pesquisas atuais do setor⁽³⁰⁾. Entre esses, tem-se um dos maiores problemas, que é a efetivação dos créditos trabalhistas, que consubstancia na verba alimentar do trabalhador.

Desenvolvimento

A alteração bem-vinda do artigo do Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) trouxe ao magistrado, em seu inciso IV, aplicável subsidiariamente ao Processo do Trabalho ante a previsão no art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho, a incumbência de determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, conforme abaixo:

“Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

(...)

IV — determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.”

É de salientar que tal medida, até então, não possuía previsão legal estrita nesse sentido, no art. 125 da lei anterior (Lei n. 5.869/73). A doutrina pouco trata da matéria, levando o operador do Direito ao debate com a comunidade jurídica. Aborda apenas o protesto extrajudicial da sentença trabalhista não cumprida, eis que possui amparo legal no art. 1º da Lei n. 9.492/97.

Atualmente, possui respaldo no art. 883-A da CLT, tão somente o protesto judicial:

“Art. 883-A. A decisão judicial transitada em julgado somente poderá ser levada a protesto, gerar inscrição do nome do executado em órgãos de proteção ao crédito ou no Banco Nacional de Devedores Trabalhistas (BNDT), nos termos da lei, depois de transcorrido o prazo de quarenta e cinco dias a contar da citação do executado, se não houver garantia do juízo. (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017)”

É do entendimento do doutrinador e magistrado do Trabalho, Homero Batista Mateus da Silva⁽³¹⁾, que o legislador pátrio perdeu a oportunidade de incluir de modo efetivo na Lei n. 13.467/2017, também conhecida como “Reforma Trabalhista”, o uso dos meios indiretos:

“5. A reforma trabalhista deixou escapar a oportunidade de enfrentar tema ainda mais tormentoso sobre o uso dos meios indiretos: a aplicação trabalhista do art. 139, IV do CPC/2015, que tem sido interpretado como autorizador do bloqueio de passaporte, carteira de habilitação e de outros instrumentos capazes de inibir a desenvoltura do devedor ou de incentivar a procrastinação. A aplicação subsidiária é normalmente aceita, pois o art. 139 contempla medidas mandamentais genéricas, e, no caso, o juiz não está obrigado a esperar a contagem dos 45 dias criados pela redação do art. 883-A”. (Destaquei)

(30) Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83679-fase-de-execucao-e-a-que-mais-aumenta-tempo-de-tramitacao-de-processos>>.

(31) SILVA, Homero Batista Mateus da. *CLT Comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

A matéria tomou maior proporção quando o Superior Tribunal de Justiça apreciou o tema, onde fora impetrado o RHC n. 97.876/SP, e o relator Luis Felipe Salomão deferiu a medida reformando a decisão de apreensão do passaporte do paciente, argumentando que houve desproporcionalidade na medida e que violara os princípios constitucionais de ir e vir. Em seguida, apreciou novamente a questão, quando impetrado o HC 478.963/RS, onde houve alteração da jurisprudência do STJ até então praticada, vez que nesse novo processo mantivera a determinação colegiada da suspensão e apreensão dos passaportes dos pacientes, indeferindo a medida.

Nessa toada, há cizânia na jurisprudência dos Regionais Trabalhistas, onde há diversos julgados autorizando a suspensão da CNH, cartões de crédito e do passaporte do devedor inadimplente trabalhista como medida de coerção do pagamento, após exauridas todas as tentativas de satisfação do crédito trabalhista, como pode-se ver abaixo:

“Mandado de segurança. Suspensão de CNH de devedor trabalhista. Aplicação do art. 139, IV do CPC. Inexistência de ato ilegal e de violação do direito de ir e vir. A determinação de suspensão e apreensão da CNH dos sócios executados, depois de exauridas, em face da empresa e dos sócios, todas as tentativas de satisfação do débito executado, não constitui ato ilícito. A matéria está disciplinada no art. 139, IV do CPC, dispositivo aplicado subsidiariamente ao processo de execução trabalhista tanto por força do art. 15 do CPC quanto do art. 3º, III da Instrução Normativa n. 39/2016 do c. TST. Ademais, a restrição não impede o direito de ir e vir, uma vez que a parte pode utilizar-se de outros meios de para locomover-se. Mandado de segurança a que se nega provimento. (TRT18, MS-0010837-98.2017.5.18.0000, Rel. Desor. Eugênio José Cesário Rosa, Tribunal Pleno, 15.5.2018).”

“Execução. Carteira Nacional de Habilitação/passaporte. Apreensão/cancelamento/suspensão. Pedido de suspensão da CNH. Medida coercitiva atípica. Interpretação em conformidade com a constituição. É possível a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH) quando esgotadas todas as medidas indutivas e coercitivas para o cumprimento da obrigação. Nesse sentido, o art. 139, IV, do CPC prevê medidas coercitivas atípicas como forma de pressão psicológica para que o devedor cumpra voluntariamente a execução em prestígio ao princípio do resultado na execução. Tal medida não caracteriza coação ilegal ou arbitrária ao direito de locomoção ou do direito de ir e vir, já que é perfeitamente possível ao devedor exercer esses direitos por outros meios de transporte que não a condução de veículo automotor. Também não se trata de pena restritiva de direitos, pois a permissão para dirigir CNH é ato administrativo, passível de ser revisto até mesmo pela administrativamente em caso do descumprimento dos deveres de condução. Com maior razão tal possibilidade deve ser estendida nas hipóteses de decisão judicial. (TRT da 3ª Região; Pje: 0010274-45.2014.5.03.0027 (AP); Disponibilização: 22.8.2018, DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 856; Órgão Julgador: Segunda Turma; Relator: Convocado Eduardo Aurelio P. Ferri).”

“Pedido de suspensão da CNH. Medida coercitiva atípica. Interpretação em conformidade com a constituição. É possível a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH) quando esgotadas todas as medidas indutivas e coercitivas para o cumprimento da obrigação. Nesse sentido, o art. 139, IV, do CPC prevê medidas coercitivas atípicas como forma de pressão psicológica

para que o devedor cumpra voluntariamente a execução em prestígio ao princípio do resultado na execução. *Tal medida não caracteriza coação ilegal ou arbitrária ao direito de locomoção ou do direito de ir e vir, já que é perfeitamente possível ao devedor exercer esses direitos por outros meios de transporte que não a condução de veículo automotor. Também não se trata de pena restritiva de direitos, pois a permissão para dirigir CNH é ato administrativo, passível de ser revisto até mesmo pela administrativamente em caso do descumprimento dos deveres de condução.* Com maior razão tal possibilidade deve ser estendida nas hipóteses de decisão judicial. (TRT da 3ª Região; Pje: 0000919-67.2011.5.03.0010 (AP); Disponibilização: 2.5.2019; Órgão Julgador: Nona Turma; Relator: Joao Bosco Pinto Lara).” (Destaquei)

De outra parte, outros Regionais não vêm autorizando a medida por entender que não se bastam como medida de efetividade do pagamento do débito executório como ainda tratam-se de medidas que violem direitos fundamentais:

“Agravado de petição. Utilização das medidas coercitivas e excepcionais do art. 139, IV, do CPC/2015. Suspensão da CNH. A expressão “todas as medidas” para assegurar o cumprimento de ordem judicial, a que alude o art. 139, IV, do CPC/2015, não pode ser utilizada de escudo para cancelar iniciativas que violem direitos fundamentais ou que sejam desarrazoadas e contraproducentes, até mesmo porque a execução, apesar de ser realizada no interesse do credor, deve se dar do modo menos gravoso ao devedor (arts. 797 e 805 do NCPC). Não se olvide que a execução sempre foi o maior gargalo do Processo do Trabalho, mas não é possível, sob tal fundamento, autorizar uma interpretação desmesurada do art. 139 do CPC, que deve passar pelo filtro dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. (TRT da 3ª Região; Pje: 0000919-67.2011.5.03.0010 (AP); Disponibilização: 2.5.2019; Órgão Julgador: Nona Turma; Relator: Joao Bosco Pinto Lara).”

“Agravado de petição. Suspensão da Carteira Nacional de Habilitação. Situação em que embora se reconheça que o art. 139, inciso IV, do CPC/2015 trouxe importante alteração legislativa no tocante ao uso de técnicas indiretas/atípicas de se dar efetividade à execução da obrigação de pagar mediante medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária, entende-se que a medida pretendida pelo Ministério Público do Trabalho, além de refugir a competência desta Justiça Especializada, também fere a liberdade de locomoção do sócio da executada. Agravado de petição interposto pelo exequente ao qual se nega provimento.” (TRT da 4ª Região, Seção Especializada em Execução, 0021888-54.2017.5.04.0014 AP, em 12.4.2019, Desembargador Joao Alfredo Borges Antunes de Miranda).”

“Suspensão da carteira de habilitação (CNH) e passaporte do sócios executado. Cancelamento de cartões de crédito. Possibilidade. Entendimento da relatora de que com amparo no art. 139, IV, do CPC é possível a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH), do passaporte do devedor, bem como cancelamento de seus cartões de crédito, a fim de garantir a efetividade do processo judicial e seu resultado útil ao trabalhador, quando ausentes outros meios de execução. Posição esta vencida, considerada a posição majoritária desta Seção Especializada em Execução, que entende incabível a aplicação de tais medidas do CPC no Processo do Trabalho para tornar efetiva a execução.” (TRT da 4ª Região, Seção Especializada em

Execução, 0171600-87.2009.5.04.0018 AP, em 9.11.2018, Desembargadora Lucia Ehrenbrink).” (Destaquei)

Embora a jurisprudência dos Regionais encontra-se discrepante, é de salientar que tal medida coercitiva vinha trazendo medidas efetivas de cumprimento da efetividade do processo trabalhista, e a jurisprudência atual do Tribunal Superior do Trabalho caminha no sentido de assentir pela manutenção dos meios indiretos de execução.

Nesse sentido, hodiernamente, manteve a decisão de suspensão do passaporte do executado-paciente, praticado com fundamento no art. 139, IV, do CPC:

“Agravado. “Habeas corpus”. Indeferimento. Liminar em decisão monocrática de outro. Writ. Apresentado perante o Tribunal Regional do Trabalho. Descabimento de nova impetração perante essa corte superior. Inteligência da Súmula n. 691/STF. Retenção de passaporte. Interpretação do art. 139, IV, do CPC de 2015. Ausência de ameaça à liberdade de locomoção primária. Inadequação da via eleita. 1. Trata-se de “habeas corpus” impetrado contra decisão monocrática de Tribunal Regional em que, liminarmente, foi indeferida ordem de “habeas corpus” anteriormente impetrado em favor do paciente no âmbito da Corte Regional. 2. Ocorre que a substituição precoce do Tribunal Regional, antes mesmo da apreciação colegiada da instância de origem, por Corte Superior é prática que retira do juiz natural a possibilidade de reforma da decisão monocrática. Aplicável, portanto, o enunciado da Súmula n. 691 do STF. 3. Ademais, consoante a posição prevalecente no âmbito da SBDI-2/TST no julgamento do HC-1000678-46.2018.5.00.0000, o “habeas corpus” é medida inidônea para qualquer finalidade que não seja a tutela da liberdade de locomoção primária. Como, na essência, o Recorrente busca combater ato de retenção de passaporte, praticado com fundamento no art. 139, IV, do CPC de 2015, não se verifica encarceramento ou risco iminente de prisão do paciente, razão porque é mesmo incabível a via eleita. Ressalva de entendimento pessoal da relatora. Agravado conhecido e não provido. (HC-1000784-08.2018.5.00.0000, Relatora Ministra: Maria Helena Mallmann, Data de Julgamento: 26.2.2019, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 11.3.2019).” (Destaquei)

Conclusão

Não há como negar as vantagens que a adoção dos meios indiretos de execução traz à efetividade do processo trabalhista.

É necessário salientar que os meios indiretos, como a suspensão da carteira nacional de habilitação e a suspensão do passaporte do executado, é medida que embora considerada extrema por algumas vozes da doutrina e da jurisprudência, vem sendo eficaz na resolução dos processos trabalhistas, reduzindo o tempo de tramitação e revertendo em economia processual.

Como visto acima, a atual jurisprudência do Tribunal Superior nos sinala que sentido as decisões acerca da efetividade dos meios indiretos devem seguir.

Todavia, o tema é novo e polêmico, carecendo de maiores reflexões acerca da matéria pelos Tribunais Superiores, onde haja uma ponderação e equilíbrio entre a efetividade da prestação jurisdicional, o devido processo legal, assegurando os direitos e garantias constitucionais do executado.

TRAGÉDIA DE BRUMADINHO: UMA REFLEXÃO SOBRE A INDENIZAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

Bruno Veríssimo Mosca

Graduanda do Curso de Direito da Instituição Centro Universitário Eurípedes da Rocha – UNIVEM.

Otávio Augusto Custódio de Lima

Graduado em Direito pela Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha (1992). Mestrado em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (2006) e mestrado em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2002). Atualmente é advogado — Escritório de Advocacia Trabalhista, professor titular da Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha, árbitro da Câmara Arbitral de Marília e Secretário presidente da Executiva da Comissão Justiça e Paz de Marília — São Paulo.

Como se sabe, o Brasil é um país com inúmeros recursos naturais das mais diversas espécies, sendo que apenas para ficar num exemplo, o estado de Minas Gerais possui jazidas de minérios de diversos tipos e, por esta razão, neste estado da Federação é muito comum que mineradoras explorem os recursos ali existentes para fins econômicos.

No dia 25.1.2019, a empresa Vale do Rio Doce, que explora uma mina na cidade de Brumadinho/MG, teve uma de suas barragens de rejeitos (basicamente a sobra de lama e produtos químicos utilizados na mineração) rompida, despejando um verdadeiro “mar de lama” e rejeitos na própria empresa, na cidade, na área florestal da região e inclusive no rio Paraopeba que banha a região. Uma verdadeira tragédia de níveis imensos, os danos ambientais são incomensuráveis, várias casas e construções foram destruídas pela lama, e inevitavelmente, várias vidas foram perdidas, na data de hoje (15.2.2019) são 166 mortos e 144 pessoas desaparecidas, entre elas, em sua maioria, funcionários da empresa que estavam em serviço. Com a tragédia, várias famílias foram destruídas, pais perderam seus filhos, filhos perderam seus pais, uma verdadeira tragédia de comoção nacional.

Ocorre, que com o advento da reforma trabalhista o instituto do dano extrapatrimonial também passou por diversas mudanças, uma das principais (que será aqui confrontada), é a limitação do valor das indenizações, não podendo ultrapassar, a depender do nível de ofensa suportado pelo ofendido, o valor correspondente a número de 50 (cinquenta) vezes o salário do trabalhador.

O nosso objeto se baseia na análise do dispositivo limitador da indenização, e compreender se essas vítimas e seus familiares, que sofreram imensas perdas, serão efetivamente amparadas no tocante ao instituto do dano extrapatrimonial trabalhista, uma vez que, é incontroverso, que em relação aos trabalhadores da empresa, houve a ocorrência de acidente de trabalho típico, com o pior final possível, ou seja, o morte de centenas de trabalhadores.

Para se iniciar a análise, o primeiro passo é qualificar o grau de culpabilidade da empresa Vale do Rio

Doce na tragédia, segundo o próprio presidente da companhia Fábio Schvartsman, em entrevista ao Jornal “Valor Econômico”, o presidente afirma que a culpa da tragédia é integralmente da empresa e disse ainda que a “Vale sabia que algo ia acontecer”. Fatos como esses nos demonstram o quanto a companhia foi negligente com a tragédia, permitindo que centenas de pessoas perdessem suas vidas e deixassem suas famílias sem amparo algum.

Definida a responsabilidade da empresa, surge um outro problema, estabelecido pelo novo texto da CLT, que determina que encontremos qual o “nível de dano”, que essas pessoas sofreram, tendo em vista a gradação estabelecida no § 1º do art. 223-G, pois somente após esta classificação, poderá ser fixado um teto para o valor de suas indenizações.

Daí extraímos os seguintes ensinamentos ao compararmos com o presente caso, a intensidade do sofrimento é gigantesca, pois estamos tratando de morte, a superação do dano é improvável por que nada trará aquelas pessoas de volta a vida, a extensão e duração do dano serão eternas nos corações daquelas famílias que perderam seus entes queridos, o grau de culpa da companhia foi imprescindível para o dano como já exposto, e por fim, a publicidade do dano foi simplesmente mundial por se tratar de uma tragédia noticiada e lamentada no mundo inteiro, ante o exposto, não existe outra possibilidade possível a não ser de classificarmos esses danos em grau gravíssimo, que terão como teto de indenização 50 vezes o último salário dos trabalhadores mortos.

Assim, passamos ao problema que baseia todo este trabalho. O teto da indenização é capaz de garantir um efetivo no amparo das vítimas? O que se pretende demonstrar aqui é que NÃO!

Para fundamentação, é preciso primeiro apresentar o conceito e objetivo de dano moral. Segundo Maria Helena Diniz, dano moral é “a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo”, nesse passo leciona Silvio Pinto Martins que “consiste o dano moral na lesão sofrida pela pessoa no tocante a sua personalidade. Compreende, portanto,

o dano moral um aspecto não econômico, não patrimonial, mas que atinge a pessoa no seu âmago”.

O dano moral, por si só, causa inúmeros problemas para suas vítimas, que passam a desenvolver problemas psíquicos, abalando assim os sentimentos e sensações de forma geral de quem lhe é vítima. Outro ponto relevante é entender qual o objetivo do da indenização por dano moral, a de se dizer, que o dano moral não é de certa forma indenizável, pois nunca se poderá eliminar totalmente as fagulhas de dor e sofrimento experimentadas, ao passo que é certo que o dano moral é mais compensatório do que indenizatório, pois, pelos meios econômicos que a pessoa passa a ter ela possa alcançar uma situação de felicidade que antes parecia improvável. Isso é dizer que o *status quo ante* não será restituído, porém com a indenização em dinheiro a pessoa ofendida tem uma nova forma de diminuir seu sofrimento, o objetivo assim não é a pessoa esqueça do que lhe aconteceu, e sim que dali para frente possa se divertir ter a possibilidade de ser feliz com o ganho patrimonial. Como leciona Luiz da Cunha Gonçalves, a indenização “não é remédio, que produza a cura do mal, mas sim um calmante. Não se trata de suprimir o passado, mas sim de melhorar o futuro”. Não está se dizendo que se pretende que o indenizado se torne rico, mas sim apenas que ele possa com o dinheiro recebido passar por experiências que lhe possam trazer felicidade, afim de diminuir sua dor, e nada mais.

Desta forma, uma indagação surge, qual seria uma indenização razoável para trazer felicidade a uma pessoa que acaba de perder um familiar?

A resposta para isso é no mínimo curiosa, pois é fato de que nada poderá suprir a falta de um ente querido, mas por outro lado, é fácil também se formar que 50 salários não farão a mínima diferença para essas pessoas, o poder aquisitivo que essa pessoa passara a ter não será suficiente para distrair e causar o mínimo de felicidade ao ofendido, ou seja, essa indenização não será suficiente para “acalmar o coração” dessas vítimas pois a situação que ela poderá alcançar com apenas esse valor do teto, não será proporcional para lhe apresentar situações de felicidade razoáveis com o dano causado.

Para exemplificar tudo que aqui foi dito, a de se mencionar um julgado do TRT-4, onde no julgamento do Recurso Ordinário do processo de n. 0020422-95.2017.5.04.0702, os desembargadores da 11ª Câmara, por unanimidade, conjugam do mesmo entendimento, defendido nesta tese. No caso em questão, um trabalhador durante sua jornada de trabalho morreu soterrado por um desabamento de grãos em um silo, na perícia se constatou que esse desabamento só ocorreu pela má instalação e mau uso do silo, ou seja, por culpa da empresa reclamada (exatamente como no caso de Brumadinho), assim, seus genitores ingressaram com ação de indenização por danos morais contra a empresa e tive-

ram a procedência em uma indenização de R\$ 80.000,00 para cada um dos genitores. No julgamento, os desembargadores declinam que para essa decisão deve-se levar em conta critérios de proporcionalidade e razoabilidade, condição do ofendido e ofensor, e extensão do dano, que segundo eles é “a maior possível, tendo em vista a impossibilidade de se precificar a vida humana.

Concluindo, como já declinado a extensão do dano experimentado por essas vítimas são as mais constrangedoras e dolorosas possíveis, tanto que pode-se firmar que nenhuma indenização será suficiente para exaurir totalmente o dano possível, no entanto, ao passo que essas pessoas possam ser indenizadas de tal forma que lhes ofereçam uma nova oportunidade de gozar de algumas prerrogativas que a vida pode lhes oferecer, entende-se que essas vítimas iram conseguir usufruir da felicidade de uma forma totalmente nova e encantadora, para assim terem suas dores diminuídas e quem sabe até por um instante totalmente curadas. Mas para isso, é necessário que os critérios para a aplicação da indenização do dano moral sejam aplicados de forma livre pelos seus julgadores, analisando caso a caso a necessidade de cada um, sem ter um limite que faça a todo instante eles não terem o sentimento do livre convencimento motivado explícito, e para isso, o correto seria que a legislação trabalhista não obtivesse um teto indenizatório, pois só assim, poderíamos ter uma clara sensação do que é justo para quem foi vítima de tamanha tragédia como a de Brumadinho.

Referências

- 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 ns. 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, Brasília, DF, jan. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm>.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- G1. Sobe para 166 o número de mortos identificados na tragédia da Vale, em Brumadinho. G1, 2000. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/02/15/sobe-para-166-o-numero-de-mortos-identificados-na-tragedia-da-vale-em-brumadinho.ghtml>>. Acesso em: 17 jan. 2019.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil*. São Paulo: Max Limonad, 1957, v. 12, t. II, p. 543.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Dano moral decorrente do contrato de trabalho*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

O FUTURO DO TRABALHO

Taciela Cordeiro Cylleno de Mesquita

Juíza Federal do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Mestre em Direito Constitucional pela PUC-RJ. Especializando em Gestão Empresarial na Fundação Dom Cabral (2018/2020)

1. Introdução

A Revolução Tecnológica iniciada em meados do século XX desafia o mundo a alterar os seus paradigmas, rever seus dogmas e reinventar a sua história. Se há uma certeza, está é a de que nada será como antes. Nada. E rápido. As inovações tecnológicas, apoiadas pela intensa globalização, se expandem na velocidade da luz.

Digitalização, impressoras 3D, inteligência artificial, carros elétricos sem motoristas, plataformas conectando serviços e clientes. A gama de exemplos é inesgotável.

Diante deste cenário, o mundo do trabalho precisa se reinventar. As máquinas tomam, cada vez mais, o lugar dos humanos e o profissional do presente e do futuro precisa saber qual papel pretende exercer, caso queira continuar economicamente ativo.

A sociedade é estruturada em torno da relação capital x trabalho, desde a primeira Revolução Industrial, no início do século XX. Resguardadas as tipicidades dos mais diferentes Estados do planeta, a fórmula básica era mantida: um ser humano, de forma pessoal, subordinada e onerosa prestava serviços a outro ser humano ou a uma pessoa jurídica composta de seres humanos identificáveis pelo trabalhador.

Ocorre que este modelo está em constante alteração. E não só os trabalhadores devem se preocupar em qual papel exercer nesta nova configuração social, mas principalmente os Estados e toda a sociedade devem perquirir uma estratégia de atuação, seja fomentando a inovação tecnológica, investindo na educação, intensificando o relacionamento com parceiros internacionais, desenvolvendo políticas públicas de fomento ao emprego e ampliando a rede de segurança social.

Caso contrário, o próprio conceito de Estado, tal como temos hoje, está em risco.

Um novo pacto social deve emanar deste novo Mundo, para garantir que o maior número de pessoas participe deste novo tecido social, reduzindo as desigualdades e melhorando o bem-estar social.

A questão é: como fazê-lo?

2. O mundo VUCA, os *millenials* e a *GIG economy*

O termo VUCA surgiu no mundo corporativo na década de 90, após a utilização deste conceito pelo U.S. Army, visando explicar o mundo pós-guerra fria. VUCA é a expressão que sintetiza os conceitos: volá-

til, incerto, complexo e ambíguo (*"volatility, uncertainty, complexity and ambiguity"*).

E este é o mundo que estamos. Um novo mundo que se apresenta extremamente complexo, heterogêneo, imprevisível e onde as mudanças ocorrem de forma contínua e constante.

Neste novo mundo convivem diferentes gerações, tendo em vista o envelhecimento da população e o desenvolvimento tecnológico exponencial das últimas décadas, que resultou no avanço da medicina e consequentemente maior expectativa de vida e diminuição da taxa de mortalidade infantil⁽³²⁾ na maior parte dos países do globo. Podemos classificar, em apertada síntese, as diferentes gerações em:

— *"millenials"* ou geração Z, são aqueles que nasceram no mundo digital, após a década de 1990.

— geração Y, nascidos após a revolução tecnológica, entre 1970 e 1990, vivenciaram desde cedo a globalização e entraram no mercado de trabalho que já contava com uso da tecnologia;

— geração X, nascidos entre 1960 e 1980, não foram *"alfabetizados"* em um mundo completamente digital.

— *"baby boomers"*, nascidos de 1940 e 1960, no pós-guerra, sem contato com a digitalização até idade mais avançada.

Estas gerações encontram-se no mercado de trabalho e, tendo em vista, a necessidade de ensino contínuo (*lifelong education*), para mantê-las conectadas ao novo modelo social, precisam estar constantemente aprendendo, se desenvolvendo e se reinventando.

O último relatório do G20⁽³³⁾, a respeito do Futuro do Trabalho, destaca a crescente importância da Economia *"GIG"*, termo que representa o trabalho físico e digital prestado por trabalhadores independentes, para realização de demandas específicas ou de curto prazo. A estimativa é que a maior parte dos trabalhadores venha a desenvolver as suas atividades desta forma. *Just in time*.

(32) Dados do IBGE, demonstram crescimento alavancado da expectativa de vida do brasileiro e relevante diminuição da taxa de mortalidade infantil. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/23206-expectativa-de-vida-do-brasileiro-sobe-para-76-anos-mortalidade-infantil-cai>>.

(33) Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS_626908/lang-pt/index.htm>.

Atualmente, estamos diante de trabalhadores que precisam estar qualificados, nas mais diversas habilidades, para serem gestores de seu próprio tempo e de suas carreiras. Nesta seara, estariam incluídos os trabalhadores das plataformas digitais.

3. Brasil não é para amadores

O Brasil é um país de dimensões continentais, marcado por intensa desigualdade social e enfrenta, nos últimos anos, a maior crise econômica da sua história.

Após longo período de ditaduras militares, o país vivenciou a morte do primeiro presidente eleito democraticamente, o *impeachment* de dois presidentes, a prisão de um dos maiores personagens políticos da sua história, o ex-presidente Lula, e a ascensão ao poder de um congressista militar representante da direita.

Em 2017, aprovou uma substancial reforma em sua legislação trabalhista, cujo esqueleto ainda remetia à década de 1930, onde o governo totalitário de Getúlio Vargas, através de um decreto-lei outorgou a CLT e hoje presencia uma batalha quase literal para aprovar a reforma da previdência.

Em seus 8.516.000 km² vislumbra-se quase tudo. Quicá tudo. Trabalho em condições análogas às de escravo, trabalho proibido, trabalho infantil, 13 milhões de desempregados⁽³⁴⁾, trabalhadores autônomos, trabalhadores intelectuais e novas formas de prestação de serviços, inclusive através de plataformas digitais, como Uber e Loggi.

Recente relatório da McKinsey & Company⁽³⁵⁾ destaca que dois em cada três brasileiros tem acesso a *smartphones* e internet, que os brasileiros gastam mais que nove horas por dia conectados, média esta que está entre as maiores do mundo, e estão entre o número dois ou três no mundo em uso de plataformas de mídia social, como Facebook, Instagram e WhatsApp.

Este relatório destaca que o usuário típico da internet no Brasil é urbano — 95% comparado aos 5% rurais —, está majoritariamente na classe C (50%) e não possui graduação universitária (cerca de 79%).

Comparativamente a um americano, por exemplo, o brasileiro passa mais de 41% do seu tempo nas mídias sociais.

Estes dados, a meu ver, nos trazem uma importante indagação: os brasileiros usam mal a internet? Ao invés de utilizar a internet para qualificação em qualquer grau, o uso excessivo de redes sociais poderia estar usurpando um tempo precioso daqueles que precisam desenvolver-se e qualificar-se para os novos desafios que certamente virão?

A resposta a estas indagações é extremamente complexa, mas em uma rápida análise, ousaria dizer que sim.

(34) Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23865-pnad-continua-taxa-de-desocupacao-e-de-12-0-e-taxa-de-subutilizacao-e-de-24-3-no-trimestre-encerrado-em-janeiro-de-2019>>.

(35) Brazil Digital Report. McKinsey & Company. 2019. Disponível em: <<https://www.mckinsey.com/br/our-insights/blog-made-in-brazil/brazil-digital-report>>. Acesso em: 25 abr. 2019.

Caberia então, a meu ver, uma atuação ativa das instituições, como Ministério da Educação e Cultura e Ministério da Economia, estimulando o uso profícuo da internet pela sociedade, seja providenciando e divulgando material educativo e cultural, seja propagando o uso da internet pela sociedade como ferramenta de desenvolvimento pessoal.

O melhor aproveitamento destes instrumentos permitiria uma melhor inserção social na indústria 4.0, com maior número de pessoas capacitadas a transitar pela 4ª Revolução Industrial.

Em um quadro comparativo das atividades exercidas nos computadores ou *smartphones*, vislumbra-se que o uso de 83% do tempo é despendido em *chats online* e míseros 6% em apps relacionados a *e-learning*⁽³⁶⁾.

O tempo despendido na rede deve ser melhor aproveitado. A globalização permite a ampla e rápida divulgação de informações, em todos os níveis. As maiores universidades do planeta — Harvard, Stanford, Berkeley — possuem hoje cursos *online* gratuitos. Esta oportunidade não pode ser desperdiçada por um país tão carente de infraestrutura educacional.

O uso do *e-learning* enquanto ferramenta de inclusão social deveria ser expandido, permitindo que moradores dos mais distantes locais do país pudessem ter acesso à educação, sem que necessariamente precisem esperar dispendiosos investimentos temporais e financeiros em infraestrutura, como construção de estradas e criação de escolas.

Ainda com base no relatório supracitado, somos número quatro no mundo em *download* de aplicativos. Diante de tamanha atuação digital, pergunto: por que não estimular o uso de aplicativos de caráter educacional?

4. Já que nada será como antes

Frey and Osborn, em um relatório de 2015, sustentam que 47% dos trabalhadores nos EUA estão correndo risco de terem seus empregos substituídos por máquinas e um relatório do Banco Mundial, de 2016, presume que 2/3 dos empregos dos países em desenvolvimento estão suscetíveis à automação.⁽³⁷⁾

Um relatório recentemente publicado pela consultoria McKinsey & Company traz dados surpreendentes: até 2030, cerca de 375 milhões de profissionais — aproximadamente 14% da força de trabalho global — precisarão migrar de atividade.⁽³⁸⁾

Diante de tantos avanços tecnológicos — inteligência artificial, automação e robótica —, de mudanças na demografia mundial — crescimento da população mais jovem nos países emergentes e envelhecimento da população nos países desenvolvidos⁽³⁹⁾ — e do necessá-

(36) Brazil Digital Report. McKinsey & Company. 2019. Disponível em: <<https://www.mckinsey.com/br/our-insights/blog-made-in-brazil/brazil-digital-report>>. Acesso em: 25 abr. 2019.

(37) Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/dgreports/-/cabinet/documents/publication/wcms_662410.pdf>.

(38) Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/gvexecutivo/article/view/76666/73534>>.

(39) "(...) O tamanho da população jovem não tem precedentes. As pessoas entre 10 e 24 anos, alvo do estudo, correspondem a 25% dos seres humanos — um recorde histórico. E a tendência é de crescimento:

rio desenvolvimento de práticas sustentáveis e uso de tecnologias limpas para a própria continuidade da vida no planeta Terra, muitas questões surgem a respeito do papel do Direito do Trabalho e das instituições a ele relacionadas.

Se a Revolução Tecnológica preocupa os países desenvolvidos, mais atenção ainda deve atrair dos países emergentes, onde convivem todas estas discrepâncias sociais e econômicas em larga escala.

Uma má condução deste processo pode resultar na ampliação do *gap* da desigualdade social, afetando toda a estabilidade socioeconômica do país, podendo colocar em risco o próprio Estado de Direito.

A Comissão Global do Futuro do Trabalho da OIT iniciou seus trabalhos em outubro de 2017, com o objetivo de criar recomendações para todos *stakeholders*, inclusive governantes e organizações de empregados e empregadores. A Comissão busca fomentar ideias sobre como administrar e alavancar as urgentes transformações que tem atingido o mundo do trabalho.

A criação de uma agenda onde no epicentro está o ser humano (*human-centered*) é a direção do relatório mundial para o futuro do trabalho, publicado pela OIT em Genebra, em janeiro de 2019⁽⁴⁰⁾.

De acordo com este relatório, o avanço tecnológico pode trazer inúmeros benefícios sociais e conduzir a humanidade à almejada paz universal, desde que haja uma atuação proativa dos atores sociais — agentes da sociedade civil e política — para garantia de direitos mínimos universais dos trabalhadores e de um desenvolvimento baseado na sustentabilidade, ambiental e econômica.

A diminuição dos postos de trabalho, em decorrência da automação, nos países desenvolvidos é vista com elevada apreensão, todavia, para os países emergentes, o impacto pode ser brutal. Onde realocar no mercado de trabalho pessoas — substituídas por máquinas — que não possuem condições mínimas de exercer atividades intelectuais, tendo em vista os baixos índices educacionais dos países em desenvolvimento?

Visando participar ativamente destas transformações, aproveitando o momento para ampliar os valores e objetivos que levaram a criação da OIT — como a premissa de que o trabalho não é mercadoria e de que o trabalho é fonte de acesso aos meios materiais, e também, um meio de realização de vida, propósito, senso de pertencimento e identidade —, a Comissão Global do Futuro do Trabalho, em seu último relatório, apresentou três pilares de ação:

- investimento na capacitação das pessoas, preparando-as para adquirir qualificações, novas competências e melhorar as qualificações que já possuem;

- investimento nas instituições do trabalho para garantir um futuro do trabalho com liberdade, dignidade, segurança econômica e igualdade;

- investimento no trabalho decente e sustentável, moldando as regras e incentivos para alinhar políticas econômicas e sociais e práticas empresariais com esta agenda.

Destaca, ainda, o referido relatório que a economia deve ser reorientada para um crescimento baseado no capital humano, onde todos os setores da sociedade devem agir de forma responsável e colaborativa, ressaltando quatro elementos essenciais para todos os países: direito universal ao aprendizado constante; suporte às pessoas durante a transição; agenda efetiva de transformação das desigualdades de gênero; e proteção social mais forte, amparando as pessoas desde o nascimento até a velhice.

Em suma, verifica-se que a OIT, assim como no seu nascedouro, não pretende assistir passivamente às mudanças impostas pelos avanços tecnológicos, mas sim, atuar como protagonista neste cenário, sem refutar as inovações, tampouco tentar moldá-las a um modelo de passado, mas sim, preparando a sociedade para receber o novo e adaptando os modelos existentes a um modelo mínimo de direitos sociais universais.

Reconhece a mais importante instituição do mundo do trabalho que as políticas comerciais, financeiras, econômicas e sociais estão inexoravelmente conectadas e que o sucesso da agenda do trabalho humano decente como centro epistemológico do desenvolvimento depende de atitudes conjugadas e coerentes de todas estas áreas.⁽⁴¹⁾

5. Conclusão

Não se trata, a meu ver, de tentar enquadrar os novos modelos de prestação de serviços do século XXI em uma moldura da década de 30 do século passado. Criatividade é a palavra de ordem.

Tampouco, abandonar os trabalhadores a própria sorte, no modelo *laissez faire, laissez passer*, mormente porque muitos trabalhadores brasileiros ainda estão enraizados no século XIX. Devemos criar um novo modelo de proteção jurídica a estes trabalhadores, para que estes não sejam indevidamente explorados pelo capital, tampouco desamparados no caso de infortúnios, como doenças e desemprego.

Criatividade política, econômica, legislativa. Se muito se ouviu que “somente os fortes sobrevivem”, ouse sustentar que hoje “somente os criativos sobrevivem”.

Uma nova rede de segurança social, com a inserção destes trabalhadores e das plataformas digitais como contribuintes de um modelo de proteção social que não desampare aqueles cuja prestação de serviços não se enquadre nos moldes da CLT.

A busca pela implementação e expansão do trabalho decente em escala global deve hoje estar amparada na capacidade das instituições de renovarem-se constantemente, resguardando seus principais valores e objetivos, no que tange aos limites intransponíveis do trabalho digno.

em 2050, serão 2 bilhões. Sua distribuição, no entanto, é desigual. Noventa por cento estão nos países em desenvolvimento, confirmando a tendência ao envelhecimento das sociedades mais ricas.” Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/o-mundo-dos-jovens-onu-registra-recorde-historico-na-populacao-de-10-24-anos-14587036>>.

(40) Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/dgreports/-/cabinet/documents/publication/wcms_662410.pdf>.

(41) Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/dgreports/-/cabinet/documents/publication/wcms_662410.pdf>.

É imperativa a conciliação da agenda do trabalho decente e da necessidade de adaptação às vorazes e dinâmicas mudanças impostas pela economia globalizada.

Se a globalização trouxe inúmeros benefícios econômicos e sociais, a heterogeneidade entre os Estados faz com que as experiências vividas em decorrência da recente Revolução Tecnológica sejam absolutamente diversas.

Neste cenário heterogêneo global cresce a importância das instituições governamentais e não-governamentais enquanto protagonistas de desenvolvimento econômico e social, visando ao trabalho decente na escala mundial.

Fraternidade e solidariedade. Mais do que nunca, a sociedade civil necessita praticar os direitos de quarta geração e atuar ativamente, de forma isolada ou em grupos organizados, para educar e transformar a vida daqueles que lhe são próximos. Todos — sem exceção — têm um importante papel a desenvolver.

Como na célebre expressão de John Kennedy, “*Ask not what your country can do for you — ask what you can do for your country.*” (em tradução livre, “não pergunte o que o seu país pode fazer por você, mas o que você pode fazer pelo seu país”). Mãos à obra!

Uma agenda do trabalho que esteja atenta com as mudanças tecnológicas, sociais e políticas e busque agir de forma colaborativa com os setores da economia e da educação, de forma a se transformar em uma espécie de guia e, ao mesmo tempo, instrumento de fiscalização, cujo escopo seja diminuir as desigualdades existentes, expandindo o trabalho decente, visando a tão almejada paz social.

Todavia, a ausência de participação política das instituições do trabalho e de todos os atores sociais pode conduzir ao caos, com a extinção massiva dos postos de trabalho, aumento do desemprego, do trabalho informal e da desigualdade em todos os níveis.

A economia global está em um novo caminho. As políticas econômicas, legislativas e sociais devem ter como fio condutor o objetivo de permitir que todos tenham acesso às novas oportunidades, através de um eficiente projeto educacional que prepare a sociedade para as mudanças e um projeto social que ampare aqueles necessitados, que por motivos diversos não podem ser economicamente ativos.⁽⁴²⁾

Qualquer tentativa de frear o desenvolvimento tecnológico ou buscar encaixar os novos modelos de trabalho — dentre os quais se destacam as plataformas digitais — nas antigas molduras criadas no início do século XX para um modelo industrial de produção estão, inevitavelmente, fadadas ao insucesso.

(42) Disponível em: <https://www.g20-insights.org/wp-content/uploads/2019/03/T20-Recommendations-Review_TF7-The-Future-of-Work-and-Education-in-the-Digital-Age.pdf>.

Uma postura criativa, baseada em um novo modelo de desenvolvimento de competências, através de um projeto educacional consistente e duradouro, que valorize o trabalho humano sobre as máquinas e vise o desenvolvimento sustentável, deverá conduzir a imensa massa da população produtiva, de forma adequada, aos novos tempos.

6. Referências

Ante el centenario de la OIT: realidades, renovación y compromiso tripartito. Disponível em: <https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/102/reports/reportsubmitted/WCMS_214106/lang-es/index.htm>. Acesso em: 27 abr. 2019.

A T20 Platform for Accelerating the Jobs of the Future. Harnessing the opportunities of inclusive technologies in a global economy. Disponível em: <https://t20argentina.org/wp-content/uploads/2018/08/Policy-Brief_T20-platform-for-Accelerating-the-Jobs-of-the-Future-2.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2019.

Brazil Digital Report. McKinsey & Company. 2019. Disponível em: <<https://www.mckinsey.com/br/our-insights/blog-made-in-brazil/brazil-digital-report>> Acesso em: 25 abr. 2019.

Futuro do Trabalho no Brasil: Perspectivas e Diálogos Tripartites. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS_626908/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 27 abr. 2019.

Future of Work and education for the Digital Age. Can education and skills development be more aligned locally reflecting local work patterns and business growth? Disponível em: <<https://t20argentina.org/wp-content/uploads/2018/09/Bridges-to-the-Future-of-Education-Policy-Recommendations-for-the-Digital-Age.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2019.

ISMAIL, Salim. *Organizações exponenciais: por que elas são 10 vezes melhores, mais rápidas e mais baratas que a sua (e o que fazer a respeito)*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2019.

MORGADO, A. P.; PLIOPAS, A. L. Desenvolvendo profissionais para o futuro. *GV-executivo*, v. 17, n. 4, julho-agosto, 2018. Disponível em: <https://rae.fgv.br/sites/rae.fgv.br/files/gv_v17n4_ce1.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2019.

OPPENHEIMER, Andrés. *¡Sálvese quien pueda! El futuro del trabajo en la era de la automatización*. NY: Vintage Español, 2018.

OPPENHEIMER, Andrés. *¡Crear o Morir! La esperanza de Latinoamérica y las cinco claves de la innovación*. NY: Vintage Español, 2014.

SUSTEIN, Cass R. *The Cost - Benefit Revolution*. Cambridge, MA: MIT Press, 2018.

