



Revista **TRT 10**



REVISTA
DO TRT10



TRT-10ª REGIÃO
Distrito Federal e Tocantins

Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região

v. 24 n. 2

Brasília

2020

ISSN 0104-7027

Rev. do Trib. Reg. Trab.10ª R.

Brasília

v. 24

n. 2

p. 1- 268

jul./dez. 2020

Ficha Técnica

Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região

Endereço: SAS Quadra 1, Bloco “D” Praça dos Tribunais Superiores - Brasília/DF - CEP: 70097-900

Telefone: (61) 3348-1100 CNPJ:02.011.574/0001-90

<http://www.trt.jus.br>

Escola Judicial do TRT-10ª Região

SGAN 916, Lote A2 - Asa Norte - Brasília/DF CEP: 70.790-160

(61) 3348-1870

<https://escolajudicial.trt10.jus.br/>

email: escola.judicial@trt10.jus.br

Catálogo na Fonte elaborada pela Seção de Pesquisa e Documentação

Márcia Basílio Lage – Bibliotecária – CRB 732

Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região.

v. 1, n. 1, 1982/1983- . – Brasília: TRT 10ª Região, 1982/83 – .

v.

Bienal: 1982/1987.

Anual: a partir de 1994.

Publicação interrompida durante o período de 2012 a 2014. Numeração reiniciada a partir do v. 20 de 2016.

ISSN 0104-7027

1. Direito do trabalho – periódicos. 2. Jurisprudência trabalhista.

CDD 342.6

Os textos doutrinários e de jurisprudência desta Revista são de estrita responsabilidade de seus autores.

Os textos não refletem a posição do TRT-10.

Coordenação: Desembargadora Flávia Simões Falcão e Desembargadora Cilene Amaro dos Santos

Produção: Anastácia Freitas de Oliveira e Márcia Basílio Lage

Projeto gráfico e diagramação: Weslei Marques dos Santos

Colaboração: Seção de Pesquisa e Documentação

A Revista do TRT-10ª Região é indexada em:

JusLaboris - Biblioteca Digital do Tribunal Superior do Trabalho

Rede RVBI (formada pelas bibliotecas da Advocacia-Geral da União, Câmara dos Deputados,

Câmara Legislativa do Distrito Federal, Ministério da Justiça, Procuradoria-Geral da

República, Senado Federal, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Superior do Trabalho,

Superior Tribunal de Justiça, Superior Tribunal Militar, Tribunal de Contas do Distrito Federal,

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios)

Rede REDIJT - Rede de informação da Justiça do Trabalho

Google Acadêmico

Portal Livre

Sumários.org

Academia.edu

Composição

Tribunal Pleno

Desembargadores

Brasilino Santos Ramos - Presidente
Alexandre Nery de Oliveira - Vice-Presidente e Corregedor
João Amílcar Silva e Souza Pavan
Flávia Simões Falcão
Mário Macedo Fernandes Caron
Ricardo Alencar Machado
Elaine Machado Vasconcelos
André Rodrigues Pereira da Veiga Damasceno
Pedro Luís Vicentin Foltran
Maria Regina Machado Guimarães
José Ribamar Oliveira Lima Júnior
José Leone Cordeiro Leite
Dorival Borges de Souza Neto
Elke Doris Just
Cilene Ferreira Amaro Santos
Grijalbo Fernandes Coutinho
João Luís Rocha Sampaio

1ª Seção Especializada

Desembargador	Brasilino Santos Ramos - Presidente
Desembargador	Alexandre Nery de Oliveira - Vice-Presidente e Corregedor
Desembargador	João Amílcar Silva e Souza Pavan
Desembargadora	Elaine Machado Vasconcelos
Desembargador	André Rodrigues Pereira da Veiga Damasceno
Desembargadora	Maria Regina Machado Guimarães
Desembargadora	Elke Doris Just
Desembargadora	Cilene Ferreira Amaro Santos
Desembargador	João Luís Rocha Sampaio

2ª Seção Especializada

Desembargador	Brasilino Santos Ramos - Presidente
---------------	-------------------------------------

Desembargador Alexandre Nery de Oliveira - Vice-Presidente e Corregedor
Desembargadora Flávia Simões Falcão
Desembargador Mário Macedo Fernandes Caron
Desembargador Ricardo Alencar Machado
Desembargador Pedro Luiz Vicentin Foltran
Desembargador José Ribamar Oliveira Lima Júnior
Desembargador José Leone Cordeiro Leite
Desembargador Dorival Borges de Souza Neto
Desembargador Grijalbo Fernandes Coutinho

Primeira Turma

Desembargador Dorival Borges de Souza Neto - Presidente
Desembargadora Flávia Simões Falcão
Desembargadora Elaine Machado Vasconcelos
Desembargador André Rodrigues Pereira da Veiga Damasceno
Desembargador Grijalbo Fernandes Coutinho

Segunda Turma

Desembargador João Luís Rocha Sampaio - Presidente
Desembargador João Amílcar Silva e Souza Pavan
Desembargador Mário Macedo Fernandes Caron
Desembargadora Elke Doris Just
Desembargadora Maria Regina Machado Guimarães

Terceira Turma

Desembargador Ricardo Alencar Machado - Presidente
Desembargador Pedro Luis Vicentin Foltran
Desembargador José Ribamar Oliveira Lima Júnior
Desembargador José Leone Cordeiro Leite
Desembargadora Cilene Ferreira Amaro Santos

Foros Trabalhistas

Brasília (DF)
SEPN 513, Bloco B, Lotes2/3, CEP 70.760-522

01ª Vara do Trabalho - Titular: Juíza Martha Franco de Azevedo
02ª Vara do Trabalho - Titular: Juíza Larissa Lizita Lobo Siveira

03ª Vara do Trabalho -	Titular: Juiz Francisco Luciano de Azevedo Frota
04ª Vara do Trabalho -	Titular: Juíza Naiana Carapeba Nery de Oliveira
05ª Vara do Trabalho -	Titular: Juíza Elisângela Smolareck
06ª Vara do Trabalho -	Titular: Juiz Antonio Umberto de Souza Júnior
07ª Vara do Trabalho -	Titular: Juiz Mônica Santos Emery
08ª Vara do Trabalho -	Titular: Juiz Urgel Ribeiro Pereira Lopes - Vice-Diretor do Foro
09ª Vara do Trabalho -	Titular: Juiz Fernando Gabriele Bernardes
10ª Vara do Trabalho -	Titular: Juiz Márcio Roberto Andrade Brito
11ª Vara do Trabalho -	Titular: Juiz Rubens Curado Silveira
12ª Vara do Trabalho -	Titular: Juíza Patrícia Germano Pacífico
13ª Vara do Trabalho -	Titular: Juíza Juíza Ana Beatriz do Amaral Cid Ornelas - Diretora do Foro
14ª Vara do Trabalho -	Titular: Juíza Idália Rosa da Silva
15ª Vara do Trabalho -	Titular: Juiz Augusto C. A. de Souza Barreto
16ª Vara do Trabalho -	Titular: Juiz Luiz Fausto Marinho de Medeiros
17ª Vara do Trabalho -	Titular: Juiz Paulo Henrique Blair de Oliveira
18ª Vara do Trabalho -	Titular: Juiz Jonathan Quintão Jacob
19ª Vara do Trabalho -	Titular: Juíza Patrícia Soares Simões de Barros
20ª Vara do Trabalho -	Titular: Juíza Júnia Marise Lana Martinelli
21ª Vara do Trabalho -	Titular: Juiz Luiz Henrique Marques da Rocha
22ª Vara do Trabalho -	Titular: Juiz Gilberto Augusto Leitão Martins

Taguatinga (DF)

QNC 4/5 Avenida Samdu Norte, CEP 72115-540

1ª Vara do Trabalho -	Titular: Juiz Alexandre de Azevedo Silva - Diretor do Foro
2ª Vara do Trabalho -	Titular: Juíza Rosarita Machado de Barros Caron -Vice-Diretora do Foro
3ª Vara do Trabalho -	Juíza Noemia Aparecida Garcia Porto
4ª Vara do Trabalho -	Titular: Juíza Elaine Mary Rossi de Oliveira
5ª Vara do Trabalho -	Titular: Juíza Luciana Maria do Rosário Pires -

Gama (DF)

Praça 02 Lote 06, Setor Central - Gama-DF, CEP 72405-610

Titular: Juíza Tamara Gil Kemp

Palmas (TO)

Quadra 302 Norte, Conjunto QI 12, Alameda 2, Lote 1A, CEP 77700-000

1ª Vara - Juiz Reinaldo Martini (diretor do Foro)

2ª Vara - Juíza Débora Heringer Megiorin
Araguaína (TO)
Av. Neief Murad, 1131, Bairro Jardim Goiás, CEP 77.824-022

1ª Vara - Juiz Rogério Neiva Pinheiro
2ª Vara do Trabalho - Titular: Juíza Sandra Nara Bernardo Silva - Diretora do Foro

Gurupi (TO)
Rua Antônio Lisboa da Cruz, 2031, Centro – Setor Central - CEP: 77.405-090

Titular: Juiz Denilson Bandeira Coêlho

Dianópolis (TO)
Avenida Wolney Filho, Qd. 69-A, Setor Novo Horizonte, CEP 77300-000

Titular: Juíz Oswaldo Florêncio Neme Junior

Guaraí (TO)
Avenida Araguaia, Esquina com a Avenida Bernardo Sayão N° 1360, CEP 77700-000

Titular: Juiz Mauro Santos de Oliveira Goes

Juízes substitutos

Solyamar Dayse Neiva Soares
Erica de Oliveira Angoti
Patricia Birchall Becattini
Rossifran Trindade Souza
Cristiano Siqueira de Abreu e Lima
Jose Gervasio Abrao Meireles
Joao Batista Cruz de Almeida
Thais Bernardes Camilo Rocha
Acelio Ricardo Vales Leite
Suzidarly Ribeiro Teixeira Fernandes
Marcos Alberto dos Reis
Raquel Gonçalves Maynarde Oliveira
Osvani Soares Dias de Medeiros
Raul Gualberto F. Kasper de Amorim
Claudinei da Silva Campos
Audrey Choucair Vaz
Mauricio Westin Costa

Rejane Maria Wagnitz
Daniel Izidoro Calabro Queiroga
Adriana Zveiter
Carlos Augusto de Lima Nobre
Laura Ramos Morais
Vilmar Rego Oliveira
Vanessa Reis Brisolla
Natalia Queiroz Cabral Rodrigues
Almiro Aldino de Sateles Junior
Gustavo Carvalho Chehab
Larissa Leonia Bezerra de A. Albuquerque
Elysangela de Souza Castro Dickel
Alcir Kenupp Cunha
Renato Vieira de Faria
Edisio Bianchi Loureiro
Ricardo Machado Lourenco Filho
Francisca Brenna Vieira Nepomuceno
Roberta de Melo Carvalho
Angelica Gomes Rezende
Regina Celia Oliveira Serrano
Maximiliano Pereira de Carvalho
Marcos Ulhoa Dani
Fernando Goncalves Fontes Lima
Jaeline Boso Portela de Santana Strobel
Margarete Dantas Pereira Duque
Wanessa Mendes de Araujo Amorim
Simone Soares Bernardes
Katarina Roberta Mousinho de M. Brandao
Natalia Luiza Alves Martins
Maria Jose Rigotti Borges

Escola Judicial

Diretora - Desembargadora Flávia Simões Falcão
Vice-Diretora - Desembargadora Cilene Ferreira Amaro Santos

Conselho Consultivo

Desembargadora Flávia Simões Falcão
Desembargadora Cilene Ferreira Amaro Santos
Desembargadora Elaine Machado Vasconcelos

Juiz José Gervásio Abrão Meireles
Juíza Suzidarly Ribeiro Teixeira Fernandes
Servidor Luiz Alberto dos Santos Carvalho

Comissão da Revista e outras publicações

Desembargadora Flávia Simões Falcão (Diretora da Escola Judicial) - Presidente
Desembargadora Cilene Ferreira Amaro Santos (Vice-Diretora da Escola Judicial) -
Vice-Presidente
Juíza Martha Franco de Azevedo
Juiz Marcos Ulhoa Dani
Servidora Anastácia Freitas de Oliveira

Escola Judicial do TRT 10ª Região

Secretaria Executiva da Escola Judicial - SEEJUD

Secretária Executiva: João Batista Português Júnior
Seção de Formação Jurídica - SCFJU - Camone Cristiane Zanghelini
Seção de Formação Técnico-Administrativa e Gerencial - SCFTG - Flávia Naves David Amorim
Boaventura
Seção de Educação a Distância - SCEAD - Carolina Franca Noleto Taveira
Seção de Pesquisa e Documentação - SCPED - Anastácia Freitas de Oliveira
Seção Administrativa de Apoio a Eventos - SCAPE - Ricardo Bittencourt Ibraim

Sumário

Artigos

- 13** A QUESTÃO SOCIAL NA INDÚSTRIA 4.0 E O MOVIMENTO DOS ENTREGADORES DE APLICATIVO. BREVES DIGRESSÕES
Douglas Contreras Ferraz
-
- 23** A COVID-19 COMO DOENÇA OCUPACIONAL: NEXO CAUSAL E CONCAUSAL
José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva
-
- 37** A TITULARIDADE DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS QUANDO HÁ SUCESSÃO CAUSÍDICA NO PROCESSO DO TRABALHO
Adriano Marcos Soriano Lopes
Solainy Beltrão dos Santos
-
- 53** APLICAÇÃO DOS LIMITES DE EXPOSIÇÃO OCUPACIONAL A AGENTES INSALUBRES DA ACGIH (AMERICAN CONFERENCE OF GOVERNMENTAL INDUSTRIAL HIGYENISTS) NO DIREITO BRASILEIRO
Roberto Wakahara
-
- 68** O CONCEITO CONTEMPORÂNEO DE TRABALHO ANÁLOGO À ESCRAVIDÃO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE E COMISSÃO INTERAMERICANAS DE DIREITOS HUMANOS
Igor Sousa Gonçalves
-
- 78** A INDICAÇÃO DO TRECHO DA DECISÃO RECORRIDA QUE CONSUBSTANCIA O QUESTIONAMENTO DA CONTROVÉRSIA: UMA ANÁLISE À LUZ DA NATUREZA EXTRAORDINÁRIA DO RECURSO DE REVISTA
Alekson Teixeira Lima
-
- 87** A TOGA DE MARFIM: A ELITIZAÇÃO DA JUSTIÇA NA LITERATURA BRASILEIRA
Renato da Fonseca Janon
-
- 97** O ADVENTO DA REFORMA TRABALHISTA E A PROTEÇÃO LEGAL DO TRABALHADOR EM MINAS DE SUBSOLO: O QUE MUDOU QUANTO À VIGÊNCIA DO ART. 295 DA CLT?
Carlos Eduardo Andrade Gratão
-
- 106** TRABALHO INTERMITENTE: A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL E A RUPTURA DE PARADIGMAS DO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO
Pedro Guimarães Vieira
-
- 128** CRÍTICA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS À LUZ DA CIVIL LAW
George Lucas da Silva Castro
Gil César Costa de Paula
-
- 140** COMO AS TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA PREVISTA NO CPC PODEM SER APLICADAS NO PROCESSO DO TRABALHO?
Gislaine Cordeiro da Silva
-
- 145** A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS(LGPD) E A EXPOSIÇÃO DE DADOS SENSÍVEIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO
Flavia Alcassa dos Santos
-
- 152** DIREITO À DESCONEXÃO E TELETRABALHO: CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO FRANCÊS. ESTUDO COMPARADO FRANCO-BRASILEIRO
Rosane Gauriau

- 165** OS MUNDOS DO TRABALHO E O FENÔMENO CONTEMPORÂNEO DA UBERIZAÇÃO
Maria Rafaela de Castro
-
- 172** O TRABALHO NA ERA DA ECONOMIA SOB DEMANDA: UMA ABORDAGEM SOBRE O TRABALHO EM PLATAFORMA DE MICROTAREFAS
Wanessa Mendes de Araújo
-
- 179** O CHAMADO PRESENTEÍSMO: CONCEITO, EFEITOS E DESAFIOS NO AMBIENTE LABORAL
Liliana R. Bastos de Alendar Araripe
-
- 189** TRABALHADOR DE PLATAFORMAS DIGITAIS: EMPREGADO OU AUTÔNOMO?
Xerxes Gusmão
-
- 199** A APLICAÇÃO DA LEI 14.020/20 AO REGIME DO TELETRABALHO: UMA ANÁLISE SOBRE A REDUÇÃO SALARIAL NO CONTRATO DE EMPREGO
Maria Gabriela Lopes de Macedo
-
- 213** A DISCRIMINAÇÃO RACIAL, O CASO “MAGALU” E O DEVER DAS EMPRESAS DE PROMOVER OS DIREITOS HUMANOS
Débora Penido Resende
Laura Ferreira Diamantino Tostes
-
- 224** A MEDIAÇÃO EM TEMPOS DE CRISE: BREVES REFLEXÕES SOBRE A IMPORTÂNCIA DOS MÉTODOS DE RESOLUÇÃO ADEQUADA DE DISPUTAS ATRAVÉS DE MEIOS TELEPRESENCIAIS
Natália Luiza Alves Martin

Seção Arte e Trabalho

- 231** Eu tenho nome sabia?
Fernanda Teodora Sales Carvalho

Acórdãos

- 235** Acórdãos

Apresentação

Após a edição temática sobre os “Impactos da Covid-19 no Direito Material e Processual do Trabalho”, a Escola Judicial do TRT 10 lança o último número da Revista do TRT 10 no intenso ano de 2020.

A pandemia continua sendo pauta em diversos artigos: o magistrado José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva discorre sobre a COVID-19 como doença ocupacional; o texto da advogada Maria Gabriela Lopes de Macedo trata da redução salarial no teletrabalho e o artigo da juíza Natália Luiza Alves Martin reflete sobre a importância dos métodos de resolução adequada de disputas através de meios telepresenciais.

A chamada Uberização e as novas configurações de emprego e uso das tecnologias estão presentes nos artigos do magistrado Douglas Contreras Ferraz, que debate o movimento dos entregadores de aplicativos e no texto da juíza Maria Rafaela de Castro, que analisa o fenômeno da Uberização. A economia sob demanda e o trabalho em plataformas de microtarefas é o foco do artigo da juíza Wanessa Araújo. Já o juiz Xerxes Gusmão traz o questionamento se o trabalhador de plataformas digitais é empregado ou autônomo.

Outro debate contemporâneo é o levantado pela advogada Flavia Alcassa, que trata da Lei Geral de Proteção de Dados e a exposição de dados sensíveis nas relações de trabalho. Por sua vez, a advogada Débora Penido Resende e a analista Laura Ferreira Diamantino Tostes defendem o dever das empresas na promoção dos Direitos Humanos.

Fazem uso do Direito Comparado e Direito Internacional o pesquisador Igor Sousa Gonçalves

que analisa à luz da jurisprudência internacional o conceito de trabalho escravo contemporâneo; o juiz Pedro Guimarães Vieira que examina o trabalho intermitente em outros países e a pesquisadora Rosane Gauriau compara o direito à desconexão e teletrabalho na legislação da França e Brasil.

No campo do processo do trabalho, o analista judiciário Alekson Teixeira Lima discorre sobre a indicação do trecho da decisão recorrida que consubstancia o prequestionamento. Como as Tutelas Provisórias de Urgência prevista no CPC é o questionamento base da produção da analista judiciária Gislaine Cordeiro da Silva.

Já sobre saúde e segurança do trabalho, o auditor Roberto Wakahara discorre sobre os limites da exposição ocupacional a agentes insalubres e o juiz Carlos Eduardo Andrade Gratão compara a proteção legal do trabalhador de minas na CLT antes e depois da Reforma Trabalhista.

Por fim, os juízes Adriano Marcos Soriano Lopes e Solainy Beltrão dos Santos debatem sobre honorários sucumbenciais; o analista Gil César Costa de Paula e George Lucas da Silva Castro discutem os precedentes judiciais à Luz da Civil Law e o Juiz Renato da Fonseca Janon parte da literatura brasileira para tratar da elitização da Justiça.

O volume 24 número 2 além de ricas contribuições sobre Direito Material e Processual do Trabalho conta com 3 acórdãos do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região e com a crônica de um dia na vida de uma trabalhadora em teleatendimento, na Seção Arte e Trabalho.

Desejamos a todos uma ótima leitura!

Flávia Simões Falcão
Diretora da Escola Judicial do TRT-10ª Região



A QUESTÃO SOCIAL NA INDÚSTRIA 4.0 E O MOVIMENTO DOS ENTREGADORES DE APLICATIVO: BREVES DIGRESSÕES

Douglas Contreras Ferraz¹

Resumo

O presente artigo procura trazer à tona a importância da discussão em torno da questão social sob as vestes da Indústria 4.0 e seus desafios intrínsecos. Por meio de paralelos históricos e contextualizando uma ordem natural do processo de conquista e concretização de direitos, procura-se chamar à atenção para a questão do uso da tecnologia como um instrumento para o bem de todos e não apenas de alguns, o que seria uma escolha social e, assim sendo, requer um processo de educação geral em torno da questão social.

Palavras-chave: Questão social. Indústria 4.0. Entregadores. Tecnologia. Uberização

Questão social e desagregação

Dos Considerandos da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 consta "ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para

1 Juiz do Trabalho Substituto no Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Pós-Graduando em Direito Internacional e Direitos Humanos pela PUC/MG. Graduado em Direito pela UERJ. Membro do Núcleo de Pesquisa e Extensão "O Trabalho Além do Direito do Trabalho: dimensões da clandestinidade jurídico-laboral" (NTADT) da FDUSP. douglas.contreras.trt@gmail.com - Instagram: @magister_trabalhista

que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão".

Enxergue-se aqui a noção de "opressão" sob todas as suas formas, inclusive pelas vestes de brilho ofuscador da inovação tecnológica e do progresso, questão que traz a baila, de forma acentuada e com nuances de urgência, a questão social.

Consoante clássica definição de Cathrein (1935 apud CESARINO JR., 1970):

pelo nome de questão social, se entende a questão de como se possa obter remédio para os males e perigos gravíssimos pelos quais a sociedade é afligida, hoje, entre os povos civilizados, e especialmente de como restabelecer estavelmente a paz entre os ricos e os pobres e entre os capitalistas (aos quais pertencem também os possuidores de latifúndios) e os operários ou proletários.

Tais questões reverberam-se sob os aspectos econômico e político, sendo que as leis sociais procuram resolver diretamente os problemas econômicos e indiretamente

os demais, que são, quase sempre, na classe economicamente débil, reflexos da sua hipossuficiência (CESARINO JR., 1970).

Destaca Cesarino Jr. (1970, p. 49) que: “O estudo histórico da questão social mostra que ela surgiu propriamente após o desenvolvimento econômico consequente às invenções resultantes do progresso das ciências aplicadas”.

Com efeito, o cenário da Indústria 4.0 produz uma radical modificação na organização da produção. Das grandes fábricas, dotadas de maquinismo e reunindo milhares de empregados, o que acarretou, nas palavras de Evaristo de Moraes Filho (1952, p. 50), a socialização da produção, tem-se, hodiernamente, a desagregação, o *home office*, o trabalho por aplicativos, a individualização da mão de obra e a formação de uma classe social com consciência de classe dissipada, atomizada.

Neste contexto, o que se viu inicialmente, e ainda se vê em grande parte, é uma mudança de comportamento dos trabalhadores, muito em razão de ilusões disseminadas e fomentadas pela onda ultraliberal e pela forte atuação publicitária das principais empresas da pulsante onda tecnológica.

Os trabalhadores passam a nutrir o desejo de serem “chefes”, em detrimento de serem empregados, cumpridores de ordens, fenômeno denominado por Maria Cecília Máximo Teodoro como “Síndrome do Patrão”, consistente na ideia de que abrir o próprio negócio traz maior ganho financeiro e garante maior liberdade aos novos “empresários”, já que não serão subordinados a ninguém, como aconteceria no contexto do vínculo de emprego. (TEODORO, 2014).

Destaca Teodoro (2015, p. 8) que:

o trabalhador passa a balizar suas atitudes e

seu sentir como se “estivesse” empregado, mas não como se fosse empregado, extinguindo nele o sentimento de pertença à sua classe, retirando-o da busca por melhoria de direitos, aumentando o estranhamento no trabalho e fulminando a luta por reconhecimento de sua classe.

No que se refere a atuação publicitária das empresas, a Uber, multinacional símbolo das novas formas de trabalho e inspiração para a alcunha “uberização”, possui um engenhoso e refinado marketing, se apresentando até hoje como um fenômeno da economia compartilhada, em que parceiros usam a plataforma para benefícios individualizados, com independência e autonomia, sendo digna de nota a constatação do Ministério Público do Trabalho da 1ª Região, por ocasião do Inquérito Civil n. 001417-.2016.01.000/6, no sentido de que, no Estado do Rio de Janeiro, de um total de 105 (cento e cinco) empregados formalmente contratados pela Uber do Brasil Tecnologia, 24 (vinte e quatro) ocupam o posto de “gerentes de marketing”, vale dizer, quase 25% do total.

Imerso num contexto de construção de ilusões e mitos, que vendem um sonho de independência às custas da consciência social libertadora, o próprio trabalhador se volta contra o direito do trabalho, pois, em busca do ideário de se tornar patrão, passa a pensar somente em si próprio e de forma imediatista, não se enxergando como integrante da classe trabalhadora.

Dos avanços tecnológicos e sua pretensa vilania

A história e a própria realidade atual permeiam-se de ataques à própria tecnologia, à evolução tecnológica, a uma pretensa descartabilidade do homem pela sua substituição pela máquina. Todavia, percebe-se que não se trata de malsinar os avanços tecnológicos.

Desde a Primeira Revolução Industrial,

atribuiu-se aos maquinismos, entre outros males, o aparecimento da desocupação e o rebaixamento do nível intelectual do operário, em virtude da divisão do trabalho o sujeitar a fazer eternamente o mesmo serviço. Houve, a princípio até a destruição de máquinas e fábricas pelos operários, petições no sentido de interdizer por lei as máquinas e as fábricas, donde a necessidade de leis para proteção das máquinas (CESARINO JR., 1970).

Dadas às devidas proporções, imagine tal método de rechaço às ferramentas tecnológicas nos dias de hoje. O que se faria? Uma grande destruição de *smart phones*? Ataques de hackers orquestrados em face dos aplicativos seriam, talvez, mais condizentes com a natureza das ferramentas da Indústria 4.0, hoje muito mais alicerçada na nuvem do que na máquina.

Alegou-se que a máquina criava o desemprego, porque se substituíam aos operários, o que, à primeira vista, pareceu verdade e causou mesmo a destruição

de novas formas de trabalho, de novas profissões, até então, inconcebíveis.

Aqui não se trata de rechaçar a inovação tecnológica, mas de assentar que ela é apenas um instrumento, e não um fim em si mesma. Devemos garantir que esse instrumento seja uma bandeira de liberdade e não uma forma de opressão (BABOIN, 2017). Como expõe, Benkler (2006 apud BABOIN, 2017, p. 358):

Nós estamos no meio de uma transformação tecnológica, econômica e organizacional que nos permite negociar os termos de liberdade, justiça e produtividade na sociedade da informação. Como nós viveremos nesse novo ambiente irá em grande medida depender das escolhas políticas que faremos ao longo da próxima década. Para sermos capazes de entender essas escolhas, para sermos capazes de escolhê-las bem, nós devemos reconhecer que elas são, fundamentalmente, uma escolha social e política – uma escolha sobre como seremos seres humanos livres, iguais e produtivos sob um conjunto de condições tecnológicas e econômicas.

“Assim, no contexto de inovações tecnológicas, em especial do advento de verdadeiras tecnologias disruptivas, tem-se sim um conseqüente desaparecimento de empregos e mesmo de profissões inteiras, porém, paralelamente, tem-se o advento de novas formas de trabalho, de novas profissões, até então, inconcebíveis.”

de maquinismos na Inglaterra, quando se deram as primeiras despedidas em virtude da maior eficiência das máquinas em relação ao trabalho manual. Mas, posteriormente, pôde-se verificar que, se em algumas fábricas, de fato, os maquinismos produziam a dispensa dos operários, por outro lado, para a sua própria fabricação, eram necessários inúmeros operários (CESARINO JR., 1970).

Assim, no contexto de inovações tecnológicas, em especial do advento de verdadeiras tecnologias disruptivas, tem-se sim um conseqüente desaparecimento de empregos e mesmo de profissões inteiras, porém, paralelamente, tem-se o advento

A questão requer problematização e enfrentamento amplo, pois, sem sombra de dúvida, a revolução tecnológica traz consigo uma otimização de extração do valor do trabalho, associado a um padrão tecnológico destruidor, mas uma das características destaque do capitalismo no pós-moderno seria, ainda, obter adesão a uma racionalidade neoliberal constituindo novas subjetividades baseadas em valores do mercado como forma de legitimação dos novos processos de controle do trabalho humano. O homem empresário de si, o *self-made man*, atomizado e no centro do neoliberalismo como partícipe das regras do mercado, regido pela concorrência total



de todos contra todos, um mundo no qual o Estado abandonou a noção de Soberania e partilha os valores do mercado como verdade última. Um mundo em que cada cidadão se locomove no mercado correndo riscos próprios de todo empreendimento capitalista (DARDO; LAVAL, 2016, apud GONÇALVES, 2017).

Da ordem natural das coisas

O contexto recomenda mais uma digressão histórica, eis que, nos idos da 1ª Revolução Industrial, a concorrência desenfreada dos industriais exigiu cada vez mais a redução do preço de custo dos produtos, e, como a matéria prima tem limite mínimo de custo, abaixo do qual não podiam ir, procuraram eles obter o barateamento de sua produção, pelo abaixamento ilimitado dos salários, o aumento excessivo das horas de serviço, o emprego de mulheres e crianças (pagas como “meias forças”), embora em serviços inadequados para elas, a despreocupação pelas condições de higiene e segurança das fábricas, etc. (CESARINO JR, 1970).

Surgiu assim um movimento operário, em que estes, animados e incitados pelos intelectuais, passaram a exigir, como reivindicações da classe proletária, diversas melhorias nas suas condições, sendo primeiramente visados o melhoramento dos ganhos, medidas de saúde e segurança, entre outras reivindicações (CESARINO JR, 1970).

Com efeito, destaca-se a história como mestra de duas lições: 1) as transformações tecnológicas ao longo da história impuseram, de pronto, significativa redução do patamar civilizatório aos trabalhadores; 2) o que se inicia primeiro, após uma revolução tecnológica, é a mobilização coletiva de trabalhadores organizados para, a partir de tal reivindicação, o Estado criar normas heterônomas para solução do conflito posto.

Nesta monta, o advento do trabalho por plataformas eletrônicas, num primeiro momento, despontou anunciando melhores condições de trabalho e um *boom* de oportunidades, em especial na esteira dos aplicativos de entrega e transporte. As perspectivas eram realmente muito positivas, ao menos no âmbito dos trabalhadores, que abraçavam o “novo mundo de oportunidades” e conseguiam obter uma nova fonte de renda, seja como complementação da renda já auferida, seja como única ou principal fonte de subsistência.

Ocorre que, com o tempo, com o aumento da concorrência e aumento da mão de obra disponível e interessada no setor de prestação de serviços, houve uma queda vertiginosa nos ganhos desses trabalhadores, os quais, anteriormente, auferiam seu ganhos em jornadas de oito horas de trabalho e, hoje, para auferir o mesmo, precisam trabalhar doze horas ou mais.

Conforme dados do Observatório da Precarização do Trabalho e da Reestruturação

Produtiva do Esquerda Diário, em pesquisa realizada com 253 trabalhadores por aplicativos, que estiveram nas mobilizações da categoria no dia 01.07.2020:

77% dos entrevistados apontaram que trabalham mais de 10 horas por dia, sendo que cerca de 40% trabalharam mais de 12 horas diárias. Em relação à remuneração, 59% declara que ganha até R\$ 2000 ou cerca de 2 salários mínimos, enquanto 21% declara que ganha menos de R\$ 1000. Quanto a essa questão, é importante destacar o fato de que se trata da remuneração bruta, ou seja, não considera aqui os gastos que possuem com gasolina, nem tampouco a manutenção das motos e bicicletas. Além das horas diárias de trabalho e a baixa remuneração, cerca de 51% dos entrevistados declararam ter sofrido acidente durante sua jornada de trabalho. Dentre os trabalhadores que utilizam a bicicleta como meio de locomoção, a grande maioria (90%) percorre até 100 km por dia, sendo que a esmagadora maioria declara que ganha até 2000 reais e 50% declara até 1000 reais. O salário médio bruto está em cerca de 1600 reais e a média diária da distância rodada é de 52 km, o que significa o valor de R\$ 1 por quilômetro rodado. Dentre os entregadores que utilizam moto, a grande maioria percorre até 300 km por dia, sendo que 68% ganham entre R\$ 1000 e R\$ 3000. O salário médio bruto dos motoboys é de cerca de 2500 reais. A média diária de distância percorrida para as entregas é de 160 km. Sendo assim o valor por quilômetro rodado é de 0,52 centavos. (HELENA, 2020)

Neste particular, é importante descortinar como a subordinação é bem mais que um conceito ou instituto simplório ou binário, mas sim espraia-se nas mais diversas formas e permeia a subjetividade dos trabalhadores. Por que tantas horas de trabalho? O trabalhador, afinal, está trabalhando porque quer. Será mesmo? Como bem ensina Marcio Túlio Viana (1997 apud BABOIN, 2017, p. 349):

Outro efeito pouco visível do salário é o seu uso como instrumento do poder diretivo. É o que acontece quando o empregador paga

não por tempo, mas por produção, ou mesmo quando promete prêmios ou gratificações complementares. É curioso observar, nesse caso, como até na prestação do empregador pode estar embutida uma nova prestação do empregado – ou mais exatamente um comando implícito para a intensificação do seu trabalho. E – o que é mais curioso – esse comando parte do próprio empregado, pois é ele quem se obriga a produzir mais, para receber mais, ou para não ganhar menos. E é o salário que realiza essa pequena mágica, acelerando o ritmo, agitando o corpo, aumentando a atenção e quase sempre produzindo o *stress*. Isso nos mostra que, embora para o empregador, o salário pareça apenas um custo, na verdade pode ser também uma renda. E a mesma coisa acontece, inversamente, com o empregado. Em vez de ser apenas o preço (mal pago) da subordinação, torna-se um veículo para viabilizá-la. É como se fosse um Cavalo de Troia.

Sem sombra de dúvida, a Indústria 4.0 traz uma gama vasta de relações que se encontram a descoberto da lei e que demandam revisitações de conceitos, com vistas a assegurar que o labor humano não seja tratado como qualquer outro insumo produtivo, utilizado ante demanda e sobre ampla concorrência, mas o diferencial, no caso dos trabalhadores de aplicativos de entrega, está exatamente na sua visibilidade. Em especial, no contexto da pandemia da COVID-19, as vicissitudes do dia a dia destes profissionais têm alcançado a opinião pública de maneira mais abrangente, ante à proximidade que apresentam em relação às necessidades diretas e prementes das classes médias e altas.

A pandemia escancarou a precariedade das condições de trabalho desses profissionais, atuando a proximidade física de tais profissionais em favor de sua visibilidade no seio da sociedade, uma visibilidade que tem o potencial natural de humanizar tais trabalhadores, sendo mais um ponto de partida no processo de conscientização da questão social da nova onda tecnológica.

Da tecnologia que desagrega e agrega. Novas formas de mobilização

Do chão de fábrica, da socialização da produção, traz a indústria 4.0 a desagregação presencial, mas, assim como o sol e a lua aparecem diariamente, a natureza social do homem sempre encontra um meio de despontar e marcar presença, ainda que seja por novos instrumentos, ainda que por formas antes não imaginadas.

A mobilização do dia 1º de julho de 2020 foi, nessa toada, organizada por meio do aplicativo *whatsapp*, bem na linha do que já acontecera na greve dos caminhoneiros de maio de 2018, que se deu sem o protagonismo dos sindicatos (DOM TOTAL, 2020). A tecnologia mostra-se assim não como uma adversária das pretensões laborais, mas como um fato, uma realidade do novo século que deve ser instrumentalizada em benefício de todos e, no que toca a mobilização social, vem abrindo portas para uma aproximação mais dinâmica dos trabalhadores, com verdadeiras associações profissionais se estabelecendo por meio de uma aproximação virtual.

Afinal, como realizar assembleias gerais de trabalhadores que se deslocam permanentemente? Como realizar assembleias

a face concreta da afirmação feita acima, no sentido de que o que se inicia primeiro, após uma revolução tecnológica, é a mobilização coletiva de trabalhadores organizados. Mas atenção! Leia-se, “mobilização coletiva” e não necessariamente, atuação sindical.

Para se ter uma noção da amplitude de possibilidades, a título exemplificativo, tem-se as iniciativas constantes do documentário *Reclaiming Work* um breve documentário de Cassie Quarless e Usayd Younis, que apresenta cooperativas de entregadores (de bicicleta ou motoboys) que oferecem uma alternativa socialista às gigantes Deliveroo (aplicativo de entrega de comida, popular na Europa) e Uber.

De fato, *La Pájara*, uma das cooperativas que aparecem no documentário, foi formada após algumas ondas de protesto contra a Deliveroo em Madri. Cooperativas como essas são apoiadas por uma federação ainda mais ampla, a *CoopCycle* — uma “cooperativa de plataforma” que controla os principais modelos econômicos do capitalismo de plataforma. Esse movimento é fruto do esforço de trabalhadores que se encontraram na esperança de criar uma alternativa justa contra a exploração desenfreada de trabalhadores dentro da *Gig Economy*, ou “Economia dos Bicos”(KRISHNA, 2020).

“Os raros e poucos encontros agendados num local e hora determinados não se coadunam com a dinâmica panóptica do modelo de Work on demand a que estão sujeitos grande parte dos trabalhadores da nova era.”

gerais em meio a um contexto de pandemia? Os raros e poucos encontros agendados num local e hora determinados não se coadunam com a dinâmica panóptica do modelo de *Work on demand* a que estão sujeitos grande parte dos trabalhadores da nova era.

Descortina-se, assim, pouco a pouco,

Com efeito, umas das Escolas sobre as funções do Estado é o Cooperativismo, que tem como princípio essencial o de que, sem alteração na atual ordem econômica, conservando-se, portanto, a propriedade privada e não se exigindo intervenção direta do Estado na ordem econômica, pode-se conseguir a melhoria das pessoas desfavorecidas da

fortuna, por meio da cooperação entre elas, por isso que a “união faz a força” (CESARINO JR, 1970).

Ademais, ao tratar da ideia de mobilização coletiva, não há como não se rememorar que paira sobre o ordenamento jurídico nacional a mácula das raízes corporativistas de nosso sistema sindical, em especial a questão da unicidade sindical, que impede o Brasil, inclusive, de ratificar a Convenção 87 da OIT, sobre liberdade sindical e proteção ao Direito de Sindicalização, a única, dentre as Convenções fundamentais da OIT, não ratificada pelo Brasil.

Diante dos engessamentos do sistema de representação sindical, como fica a representação dos interesses desses trabalhadores precarizados? Quem detém legitimidade para representá-los? Acordos eventualmente celebrados receberam o “selo do reconhecimento Estatal”? Estas são apenas algumas das perguntas que remanescem ainda sem resposta clara e uníssona.

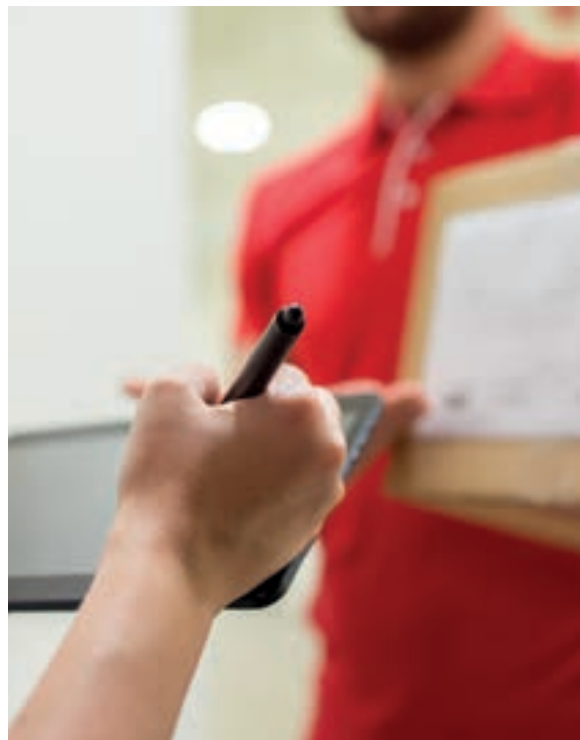
Todavia, interessante registrar aqui, por exemplo, que a Convenção 154 da OIT, ratificada pelo Brasil em 1992, afirma, em seu art. 2º, que a negociação coletiva não se caracteriza como um mecanismo exclusivo dos sindicatos².

Ademais, inúmeros são os movimentos sociais de natureza associativa que vem se fortalecendo, agrupamentos que

2 Dispõe o art. 2º da Convenção:

“Para efeito da presente Convenção, a expressão “negociação coletiva” compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com fim de:

- a) fixar as condições de trabalho e emprego; ou
- b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores; ou
- c) regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez.”



não mais se restringem aos empregados, mas também se fazem presentes entre os desempregados. Para Ricardo Antunes (2018, p. 41):

esse conjunto de pragmáticas que possibilitou o florescimento e a ampliação do chamado *preariado*, estrato social crescente nos países capitalistas centrais, como na Itália, na Espanha, na Inglaterra, na França, em Portugal, nos Estados Unidos etc., e que, dadas as dificuldades de acolhimento dentro do espaço sindical, vem criando seus próprios movimentos. Em Milão, na Itália, sua organização foi uma das pioneiras, gerando uma forma de representação autônoma, de que é exemplo o *San Precario*, que luta pelas conquistas dos direitos pelo *preariado*, incluindo naturalmente os imigrantes.

Além do *San Precario*, Ricardo Antunes elenca outros movimentos associativos interessantes, como o *Clash City Workers* (também atuante na Itália), movimento de trabalhadores e trabalhadoras, desocupados e desocupadas, que se autoproclamam “jovens precários” e a *Confederazione Unitaria di Base* (CUB), proposta alternativa ao sindicalismo tradicional, que recentemente deu origem à criação do movimento *Nuove Identità di Lavoro*

(Nidil), vinculado à *Confederazione Generale Italiana del Lavoro* (CGIL), também voltado a representar o denominado precariado, sendo que tais exemplos acabam por ilustrar uma tendência mundial no sentido de expandir os sistemas de representação no universo do trabalho, criando novas possibilidades, para além dos tradicionais modelos de sindicato. A seguir, pretende-se demonstrar que apesar de ainda se ter no Brasil um sistema aparelhado enfatizando a atuação sindical, seu ordenamento também abre espaço para outras possibilidades de representatividade, elas só precisam ser enxergadas e utilizadas (TUPINAMBA; VALVERDE, 2020).

Todavia, sem margem para incerteza, assente-se que aqui reverbera a célebre frase de Georges Ripert, no sentido de que “quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vinga, ignorando o Direito”. A ideia do chamado princípio da realidade ressoa sobre a noção de Sindicato como fato social espontâneo, pelo que, estando a lei não condizente com a realidade que lhe é subjacente, a luta social por direitos, cedo ou tarde, com maior ou menor resistência, encontrará um meio de concretizar suas aspirações, seja no seio da estrutura sindical, seja por meio de associações profissionais ativas, dando-se como norte de atuação mais notável a efetiva noção de representatividade.

Conclusão: a questão social da Indústria 4.0

Expostos alguns desafios e dúvidas no mar multifacetário em que nos encontramos, retomar e revisar a questão social é premente. O potencial exponencial de extração de mais valor e de superexploração dos trabalhadores não pode ser ignorado. O problema não está na tecnologia, mas sim nas escolhas sociais relacionadas à sua aplicação. Mas quem toma e se sujeita a essas escolhas?

Para melhor responder tal indagação, é preciso assentar que a questão social não

é apenas um problema de legislação, mas antes de tudo um problema de educação. Conforme lição de Cesarino Jr. (1970, p. 49):

Não basta legislar: é preciso educar o proletariado a compreender os benefícios que lhe trazem as leis sociais e a usar adequadamente de seus direitos, compreendendo também seus deveres. Igual educação é necessária para os empregadores sobre o verdadeiro sentido das leis sociais, fazendo-lhes compreender que “os ricos devem ser menos ricos, para que os pobres sejam menos pobres” e que é preciso “concordar em perder os anéis para assegurar a conservação dos dedos.

Aqui acentua-se o importante papel do Estado e, porque não, dos meios midiáticos, na reafirmação da questão social, na elucidação de sua importância como ponto de equilíbrio necessário e inafastável para o progresso econômico e para a paz social, pois, não por acaso, mas sim por duras questões empíricas que jamais devem ser esquecidas, o Preâmbulo da Constituição da Organização Internacional do Trabalho assenta que “a paz, para ser universal e duradoura, deve assentar sobre a Justiça Social”.

Novos caminhos e soluções precisam ser enfrentados, debatidos e propalados. Os participantes do movimento do “breque dos entregadores” representam toda uma massa social que se vê vítima de um sistema binário que enxerga e estabelece proteções somente ao trabalhador subordinado, com contrato formal regido pela CLT, e relega à própria sorte mais da metade da força de trabalho.

A inexistência de legislação adequada traz prejuízos não só aos trabalhadores que ficam desprotegidos, como também à sociedade, às empresas de tecnologia e aos contratantes, eis que todos estão diante de uma relação juridicamente insegura, sendo que a definição de uma legislação apropriada à categoria é necessária até mesmo para que se tenha condições de definição de políticas

públicas para a promoção do trabalho decente (ZIPPERER, 2020).

A própria OIT, por meio da Recomendação 204, datada de 12 de junho de 2015, externa sua preocupação com a elevada incidência da economia informal, em todas as suas vertentes, convidando todos os Estados membros da OIT a atuarem proativamente num processo de transição para a economia formal.

Novas soluções clamam por um debate e que seja este o mais democrático possível, que se esvazie das máculas inerente a interesses puramente individuais ou de mercado e que, acima de tudo, volte-se para concretização progressiva da meta do trabalho decente para esses profissionais.

As próprias reivindicações dos trabalhadores no “breque dos entregadores” não se apresentam publicamente como sendo no sentido de reconhecimento de vínculo. Após muitas discussões, os pleitos acabam resultando em outros aspectos, digamos, mais urgentes: aumento do valor por quilômetro rodado; aumento do valor mínimo por entrega; fim dos bloqueios indevidos e reintegração de todos os bloqueados indevidamente; fim da pontuação e restrição de local no Rappi; seguro para os casos de roubo, acidente e seguro de vida; “auxílio pandemia”; EPIs; e licença médicas.

Tais pretensões vêm transparecendo, ao menos aos olhos da imensa maioria, ser pretensões mais do que justas, estando longe de encontrar as mesmas divergências que se observa quanto à existência ou não de vínculo de emprego.

Tem-se aí a questão social, os desafios, as incógnitas, as necessidades. Estas questões precisam ser submetidas a crítica a todo o tempo, uma crítica construtiva e educadora. Afinal, como afirma Gorz (2003, p. 92): “a submissão acrítica as necessidades

operacionais da tecnologia são a raiz da aceitação da barbárie”.

A reflexão precisa ser estimulada, em sentido amplo, por todos. A situação clama por medidas do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, mas também das instituições privadas e de cada cidadão. É preciso refletir sobre a sociedade na qual queremos viver e sobre tornar a revolução tecnológica uma conquista em benefício de todos e não mais um mero instrumento de acumulação de capital, um com intensidade nunca antes vista.

Seja como for, a mobilização social continuará, o “Breque dos Apps” se deu novamente no dia 25 de julho de 2020 (SOPRANA, 2020) e retornará por quantas vezes se fizerem necessárias. Tudo isso mobilizado, até com enquetes para escolha do dia, nos grupos de *whatsapp*. O Sindimoto, que ainda tenta ganhar seu espaço, defendeu o dia 14 de julho para a mobilização, mas acabou voto vencido. Figuras políticas de esquerda tentam marcar presença junto ao movimento. Certamente, as reivindicações são as mais diversas, o debate é farto, é amplo, o que, para muitos, fragmenta a classe e a enfraquece, mas aqui, finalizo fazendo fileira àqueles que veem na unidade sindical um processo é não uma imposição. Ver sua formação, sua mobilização, apesar das mazelas sindicais, apesar da história, apesar das dificuldades que o império da lei tem apresentado a esses trabalhadores, é compartilhar do sonho, é compartilhar do eterno ideal de justiça social, apesar de tudo.

Referências

ANTUNES, Ricardo. O **privilégio da Servidão**. São Paulo: Boitempo, 2018.

BABOIN, José Carlos de Carvalho. Trabalhadores sob demanda: o caso Uber. **Revista do TST**, Brasília, v. 83, n. 1, jan/mar 2017. Disponível em: <https://juslaboris.tst>.

jus.br/handle/20.500.12178/106368. Acesso em: 29 out. 2020.

CESARINO JUNIOR, A. F. **Direito social brasileiro**. São Paulo: Martins, 1970.

GREVE NACIONAL DE ENTREGADORES DE APP DEVE MOBILIZAR AO MENOS 50% DA FROTA. **Dom Total**, Belo Horizonte, 01 jul. 2020. Disponível em: <https://domtotal.com/noticia/1457172/2020/07/greve-nacional-de-entregadores-de-app-deve-mobilizar-ao-menos-50-da-frota/>. Acesso em 07 jul. 2020.

GONÇALVES, Márcio Toledo. Uberização: um estudo de caso – as tecnologias disruptivas como padrão de organização do trabalho no século XXI. **Revista LTr**, São Paulo, v. 81, n 3, mar. 2017.

GORZ, André. **Metamorfoses do Trabalho**: crítica da razão econômica. São Paulo: Annablume, 2003.

HELENA, Daphnae. Quem são os entregadores de Apps que estiveram na paralisação do 1J? **Ideias de Esquerda**, 08 jul. 2020. Disponível em: <https://www.esquerdadiario.com.br/Quem-sao-os-entregadores-de-Apps-que-estiveram-na-paralisacao-do-1J>. Acesso em 07 jul. 2020.

KRISHMA, Shyam. Rede de Cooperativas desafia Capitalismo de Plataforma. **Outras Palavras**, São Paulo, 01 jul. 2020. Disponível em: <https://outraspalavras.net/movimentoserebeldias/a-surpreendente-aparicao-dos-entregadores-livres/>. Acesso em 07 jul. 2020.

MORAES FILHO, Evaristo de. **O problema do sindicato único no Brasil**: seus fundamentos sociológicos. 2. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1952.

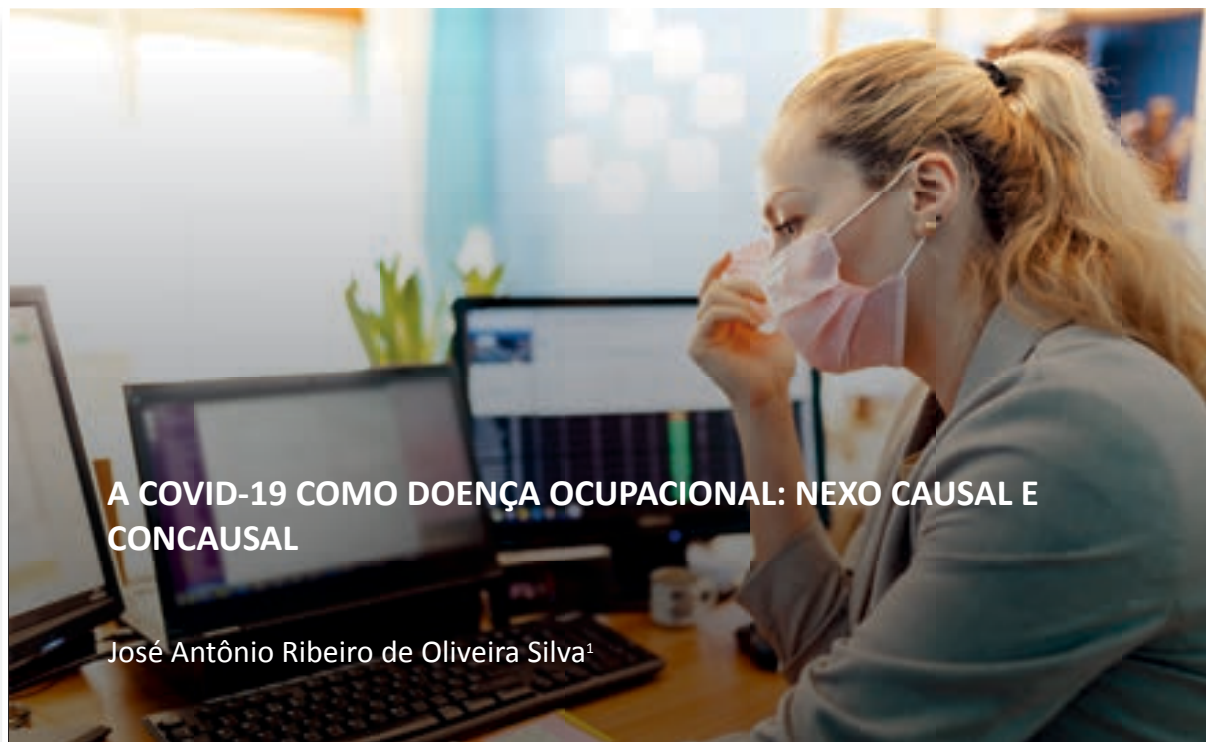
SOPRANA, Paula. Entregadores de apps confirmam segunda paralisação nacional no dia 25. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 7 jul. 2020 Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/07/entregadores-de-apps->

[confirmam-segunda-paralisacao-nacional-para-o-dia-25.shtml](https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/07/entregadores-de-apps-confirmam-segunda-paralisacao-nacional-para-o-dia-25.shtml). Acesso em 09 jul. 2020.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. A Síndrome de Patrão. **Migalhas**, Ribeirão Preto, maio 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/258217/a-sindrome-de-patrao>. Acesso em: 07 jul. 2020.

TUPINAMBÁ, Carolina; VALVERDE, Marina Novelino. A eficácia dos contratos atípicos entre associações civil e empresas. **Revista LTr**, São Paulo, v. 84, n. 2, fev. 2020.

ZIPPERER, André Gonçalves. O protesto dos entregadores das plataformas e a ausência de proteção legal da categoria. **Estadão**, Rio de Janeiro, 6 jun. 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-protesto-dos-entregadores-das-plataformas-e-a-ausencia-de-protexcao-legal-da-categoria/>. Acesso em 07 jul 2020.



A COVID-19 COMO DOENÇA OCUPACIONAL: NEXO CAUSAL E CONCAUSAL

José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva¹

Resumo

O presente estudo apresenta uma compreensão mais acurada sobre a possibilidade de a Covid-19 ser considerada como doença ocupacional, com a análise do teor das normas do (i) art. 20, § 1º, “d”, da Lei n. 8.2113/91 e do (ii) art. 29 da MP n. 927/2020, com enfoque especial à decisão do (iii) E. STF a respeito da (in) constitucionalidade do referido art. 29, tendo em vista que este, ao excluir aprioristicamente o nexo causal entre o trabalho e a Covid-19, impôs aos trabalhadores das (iv) atividades essenciais um fardo demasiadamente pesado em termos de ônus da prova, praticamente deles exigindo a chamada prova diabólica. Se, por outro lado, isso implica transferir ao empregador o mesmo absurdo encargo de prova, propõe-se, ao final, a utilização do (v) instituto da concausa como fator de equidade, aplicando-se, dentre outros, o princípio da solidariedade.

Palavras-chave: COVID-19. Doença ocupacional. Nexo Causal. Concausa.

1 José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva é Juiz Titular da 6ª Vara do Trabalho de Ribeirão Preto (SP); Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM), na Espanha – Título revalidado pela Universidade de São Paulo (USP); Mestre em Direito Obrigacional Público e Privado pela UNESP; Professor Contratado do Departamento de Direito Privado da USP de Ribeirão Preto (2017 a 2019) e da Escola Judicial do TRT-15.

Introdução

A humanidade está a passar por um período sem precedentes. Ainda que já tenha havido várias pandemias no curso da história – tendo sido bastante recordada a provocada pela chamada gripe espanhola, de 1918 –, por certo que a pandemia de COVID-19 tem gerado uma situação caótica, em nível universal.

No campo das *relações de trabalho* os reflexos imediatos do isolamento social e por vezes do *lockdown* são absurdamente intensos, trazendo à tona o tema da centralidade do trabalho humano. Empresas que não conseguem honrar as obrigações trabalhistas de seus empregados, trabalhadores informais que ficam à mercê de programas governamentais, autônomos que se veem completamente sem renda e uma infinidade de situações de empobrecimento da população, que não estão no objeto de estudo deste breve artigo.

De outra mirada, inúmeros trabalhadores que não podem parar, por prestarem labor em atividades consideradas essenciais à manutenção da mínima organização social e, sobretudo, ao imediato socorro às vítimas do insidioso vírus, em

hospitais, farmácias e congêneres.

Uma das maiores preocupações que o Estado e a sociedade precisam ter em relação a esses trabalhadores que continuam prestando seus serviços é a que diz respeito à proteção de seu bem maior: sua saúde laboral, extensão física de seu próprio direito à vida, o mais essencial de todos. Daí que se tornam absolutamente necessárias medidas de proteção e fiscalização dos ambientes de trabalho, a fim de se evitar os acidentes laborais em sentido lato: acidentes típicos e doenças ocupacionais.

Contudo, de todos sabido que acidentes ocorrerão e doenças serão adquiridas nesse período tenebroso, inclusive a temível doença do tempo presente: a Covid-19. O problema é: como o trabalhador irá conseguir comprovar que adquiriu essa doença por ocasião do exercício de seu trabalho? De outra mirada, a se presumir que, simplesmente por estar trabalhando, a pessoa adquiriu a referida doença no trabalho – quando se sabe que é praticamente impossível definir com exatidão quem foi o transmissor e o momento da transmissão da doença –, isso poderia significar a total derrocada das empresas, que já se encontram em situação de grave crise financeira.

Pois bem, foi com o propósito de equacionar essa difícil questão que o Governo Federal, ao editar a MP (Medida Provisória) n. 927, optou pelo caminho de excluir, aprioristicamente, o nexo causal diante da aquisição da Covid-19 pelo trabalhador, quando a trabalho da empresa, no *art. 29* da referida MP. Contudo, a norma objeto de análise foi declarada inconstitucional – ainda que em caráter precário, em sede de decisão liminar – pelo E. STF (Supremo Tribunal Federal), ao julgar várias ADIs (ações diretas de inconstitucionalidade) ajuizadas contra a MP 927.

Tem, portanto, este breve artigo o objetivo de investigar o acerto/desacerto da decisão do STF, bem como o de apontar possíveis caminhos hermenêuticos que nos levem a construir uma jurisprudência que sopesse com equilíbrio os interesses antagônicos em jogo, na busca de soluções que não maltratem os direitos fundamentais em questão e que promovam uma pacificação

social, para a qual se faz imprescindível o recurso à velha e sempre atual equidade.

Acidente do trabalho, doenças endêmicas e a pandemia de Covid-19²

O acidente do trabalho é um gênero, do qual são espécies o acidente laboral em sentido estrito e as doenças ocupacionais. O primeiro é chamado de acidente típico ou acidente-tipo, sendo normalmente um fato imprevisível, súbito. As doenças ocupacionais, que compreendem as doenças profissionais e do trabalho, trata-se de eventos que vão minando a saúde do trabalhador com o passar do tempo, cujos sintomas por vezes são percebidos bastante tempo depois de sua aquisição pelo organismo humano.

Para Octávio Bueno Magano,

Acidente do trabalho é um evento verificado no exercício do trabalho de que resulte lesão corporal, perturbação funcional ou doença que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho (MAGANO, 1976, p. 37).

O que se exige para a sua configuração é, destarte, o nexo de causalidade e a lesividade (MONTEIRO, 2005, p. 14). A lesividade consiste em que, segundo o conceito legal, só é acidente do trabalho o fato que provoque lesão corporal ou perturbação de qualquer das funções do organismo, e desde que provoque uma das consequências previstas em lei: a morte, a perda ou a redução da capacidade para o trabalho, de forma permanente ou temporária.

Quanto ao nexo causal, ensina Tupinambá Miguel Castro do Nascimento (1992, p. 41) que ele é um fator a ser considerado diante do requisito causalidade, tendo em vista que é da causa-trabalho com o acidente visto fisicamente; deste acidente com a lesão ou perturbação funcional resultantes; e destas com a redução laborativa, a incapacidade para o trabalho ou

2 Registro que boa parte do texto deste item é extraída da obra deste autor, já em sua terceira edição pela Editora LTr, a seguir referenciada: SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **Acidente do trabalho: responsabilidade objetiva do empregador**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 137-183.

a morte, que se verifica a causalidade. Anota este autor que se exige, portanto, uma tríplice causalidade.

Relativamente às doenças ocupacionais, trata-se de um instituto que compreende tanto as doenças profissionais quanto as doenças do trabalho, preconizadas nos incisos I e II do art. 20 da Lei de Benefícios (Lei n. 8.213/91).

As *doenças* profissionais, também conhecidas com o nome de “*idiopatias*”, “*ergopatias*”, “*tecnopatias*” ou “*doenças profissionais típicas*”, são as produzidas ou desencadeadas pelo exercício profissional peculiar a determinada atividade, ou seja, são doenças que decorrem necessariamente do exercício de uma profissão. Por isso, prescindem de comprovação do nexo de causalidade com o trabalho, porquanto há uma relação de sua tipicidade (Decreto n. 3.048/99), presumindo-se, por lei, que decorrem de determinado trabalho.

características mais importantes do acidente do trabalho e das doenças ocupacionais, passa-se ao exame das exceções legais à caracterização das doenças do trabalho, com destaque para as endemias.

Como é sabido, há algumas situações em que o próprio legislador exclui a possibilidade de haver nexo causal entre o trabalho prestado e a doença adquirida pelo trabalhador, por não haver qualquer relação de causa e efeito que possa ser demonstrada. Com efeito, não seria justo que se impusesse ao empregador a responsabilidade pelos danos advindos dessa doença, se não houvesse a menor possibilidade de que o ambiente laboral fosse a fonte de causação da doença.

Com efeito, em conformidade com o § 1º do art. 20 da Lei n. 8.213/91, não são consideradas doenças ocupacionais as seguintes:

“Relativamente às doenças ocupacionais, trata-se de um instituto que compreende tanto as doenças profissionais quanto as doenças do trabalho, preconizadas nos incisos I e II do art. 20 da Lei de Benefícios (Lei n. 8.213/91)”.

Quanto às doenças do trabalho, também nominadas de “*mesopatias*” ou “*doenças profissionais atípicas*”, são aquelas desencadeadas em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacionam diretamente. Também decorrem de microtraumas acumulados. No entanto, por serem doenças atípicas, exigem a comprovação do nexo de causalidade entre elas e o trabalho, em regra, por meio de vistoria no ambiente em que atua ou atuava o trabalhador. As condições insalubres do local de trabalho (ruído excessivo, que conduz à PAIR e tantas outras hipóteses) são exemplos de condições especiais em que a doença do trabalho pode se desenvolver, necessitando, assim, de demonstração de sua existência, vale dizer, da existência de nexo causal direto entre a atividade e a doença que acomete o trabalhador.

Vistas, em linhas gerais, as

a) a doença degenerativa – a que tem como causa o desgaste normal do corpo humano, a chamada involução do organismo, que se vai degenerando com o passar do tempo, com a idade mais avançada;

b) a doença inerente ao grupo etário – esta doença tem como causa a idade do trabalhador, não apresentando relação de causalidade com o trabalho, não sendo, portanto, doença ocupacional, como ocorre com o reumatismo, a presbiacusia (perda auditiva relacionada ao envelhecimento);

c) a doença que não produz incapacidade – só é doença ocupacional, em regra, a que produz incapacidade para o trabalho;

d) a doença endêmica – aquela que existe em determinado lugar ou região de

forma constante, sendo típica daquela região, exemplificando-se com a malária, que ainda é largamente contraída pelos habitantes da região amazônica.

Segundo o Ministério da Saúde, a malária “é uma doença infecciosa febril aguda, causada por protozoários transmitidos pela fêmea infectada do mosquito *Anopheles*” (BRASIL, 201-). Ainda de acordo com o referido Ministério, no Brasil, “a maioria dos casos de malária se concentra na região Amazônica, nos estados do Acre, Amapá, Amazonas, Maranhão, Mato Grosso, Pará, Rondônia, Roraima e Tocantins”.

Não se pode olvidar, no entanto, de que a doença endêmica pode ser considerada ocupacional se ela resultar da exposição ou do contato direto em razão das peculiaridades do trabalho – por exemplo: a malária contraída por um pesquisador, na Amazônia –, porque, nesse caso, esse trabalhador esteve exposto aos protozoários transmitidos pela fêmea do mosquito *Anopheles*, ao manter “contato direto” com o mosquito, em razão da natureza do seu trabalho. É o que se extrai, textualmente, do art. 20, § 1º, alínea “d”, da lei de regência, a Lei n. 8.213/91. A conferir:

Art. 20. (...)

§ 1º Não são consideradas como doença do trabalho:

(...)

d) a doença endêmica adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva, salvo comprovação de que é resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho. (BRASIL, 1991)

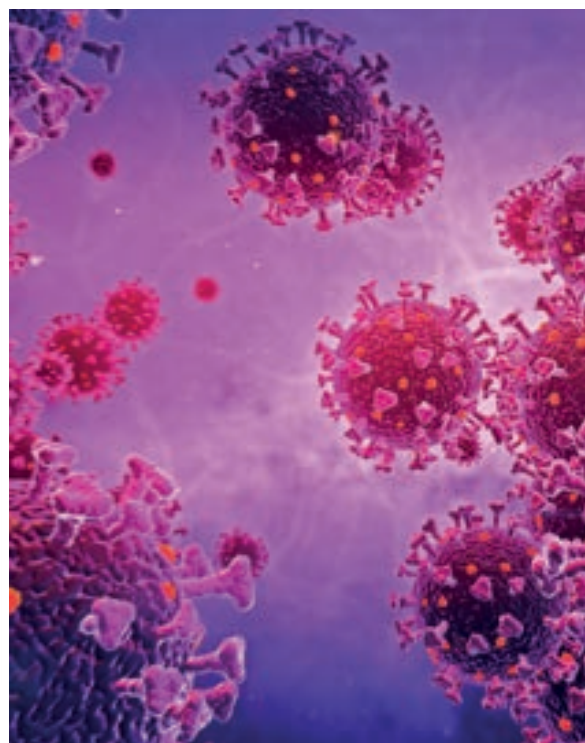
Ora, seria tremendamente injusto excluir da proteção legal mais acentuada o trabalhador que está a pesquisar fórmulas de combate à doença endêmica, de tratamento da doença e um largo etcétera. É dizer: ao trabalhador que necessariamente precisa manter “contato” com o agente transmissor da doença, diante da natureza do seu trabalho, da forma como ele deve ser prestado, o Estado deve oferecer a máxima garantia possível, considerando essa doença, no caso desse profissional, como doença do trabalho,

para o efeito de lhe conferir a proteção contra o desemprego (art. 118 da Lei n. 8.213/91), a título meramente exemplificativo.

Daí a importância de se afastar a exclusão legal da doença endêmica, quando o trabalhador estiver naturalmente exposto a contrair essa doença, em razão da forma como o seu trabalho deve ser prestado. Essa tese facilitará a compreensão do acerto da decisão do STF, mais adiante. Antes, mister se faça uma explanação sobre a pandemia de Covid-19 como “endemia”, para que se possa definir se a Covid-19 pode ser excluída do rol de doenças laborais, a partir da ideia de endemia.

Pois bem, como sabido, a doença Covid-19 foi declarada, pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como uma pandemia. A ver:

Em 30 de janeiro de 2020, a OMS declarou que o surto do novo coronavírus constitui uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII) – o mais alto nível de alerta da Organização, conforme previsto no Regulamento Sanitário Internacional. Essa decisão buscou aprimorar a coordenação, a cooperação e a solidariedade global para interromper a propagação do vírus (OPAS, 2020).



Resta saber, então o que é uma pandemia, em contraposição à endemia, para encontrar a resposta à questão posta a análise. Objetivamente falando, até porque este não é um artigo científico da área de biológicas, há de se compreender a diferença básica entre surto, epidemia, pandemia e endemia. Veja-se essa diferenciação:

Surto

É um aumento inesperado do número de infectados por determinada doença em uma região específica. Um exemplo são os casos de dengue: quando muitos casos ocorrem no mesmo bairro de uma cidade, por exemplo, as autoridades tratam esse crescimento como um surto.

Epidemia

Ocorre quando o número de surtos cresce, abrangendo várias regiões de determinada cidade, por exemplo. Se isso acontecer, considera-se que há uma epidemia no município — mas um surto em escala estadual.

Se o caso se espalhar para outras cidades, por sua vez, considera-se que há uma epidemia em determinado estado —, mas um surto em escala regional, e assim por diante. Um exemplo é o ebola, que passou a ser considerado uma epidemia em 2014, após atingir diversos países na África.

Pandemia

É o pior dos cenários quando o assunto são áreas infectadas: acontece quando uma epidemia alcança níveis mundiais, afetando várias regiões ao redor do globo terrestre. Para a OMS declarar a existência de uma pandemia, países de todos os continentes precisam ter casos confirmados da doença.

Antes do Covid-19, a última vez que algo do tipo aconteceu foi em 2009, quando a gripe A (ou gripe suína) foi declarada uma pandemia.

Endemia

Não está relacionada à quantidade, mas à grande frequência de casos de uma doença

em determinada região. Um exemplo disso é a febre amarela: o Norte do Brasil é considerado uma região endêmica da infecção (GALILEU, 2020).

Bem se vê, assim, que a endemia, disciplinada como hipótese de exclusão da doença ocupacional pelo art. 20, § 1º, “d”, da Lei de Benefícios, nada tem a ver com a questão do alcance local (surto), regional (epidemia) ou global (pandemia) de determinada doença, mas sim com a alta incidência da doença em certa região, como se dá com a malária na região amazônica e a febre amarela no Norte do Brasil. De modo que a endemia pode ocorrer tanto nos casos de epidemia quanto nos casos de pandemia.

Desse modo, havendo tantos casos de Covid-19 em todo o Brasil, por certo que estamos diante de uma hipótese mais abrangente do que a endemia em si, que ficaria restrita a determinada região do país. E, segundo a regra milenar de hermenêutica de que quem pode o mais, pode o menos, pode-se extrair daí que o menos está contido no mais. Dito de outra maneira, se a endemia é caracterizada pela grande frequência de casos de determinada doença, numa dada região geográfica, e se a pandemia somente é declarada pela OMS quando uma doença atinge todas as regiões do planeta, e mais, se no caso do Brasil, a Covid-19 atingiu todos os estados da Federação, não há outra solução lógica que não seja a de se considerar que, em regra, a Covid-19 não se trata de doença do trabalho, aplicando-se, por analogia, a norma do art. 20, § 1º, “d”, da Lei de Benefícios.

Poder-se-ia, então, apregoar enfaticamente que, em hipótese alguma, a Covid-19 seria considerada como doença ocupacional, estando os empregadores livres de qualquer provocação de seus empregados, em aventureiras ações indenizatórias de danos, perante a Justiça do Trabalho.

Ledo engano. Já se ressaltou anteriormente que a própria norma em comento excepciona, de modo bem didático, a situação dos profissionais que estão a manter exposição ou contato direto, pela natureza do seu trabalho, com vírus, protozoários ou quaisquer outros agentes transmissores de doenças, endêmicas ou pandêmicas.

Assim, deve ser excepcionada, também, a situação dos inúmeros trabalhadores que estão mantendo contato direto com pessoas infectadas com o vírus SARS-CoV-2, seja mediante exposição a pacientes portadores desse vírus, seja por “contato” com este nas outras atividades que não foram paralisadas nem mesmo por isolamento social.

A MP n. 927 e a exclusão apriorística do nexos causal

A despeito da ressalva aposta no final do item anterior, o Governo Federal brasileiro quis proteger as empresas de possíveis interpretações apressadas dos juizes do trabalho, afastando, de forma apriorística, a possibilidade de nexos causal entre a Covid-19 e o trabalho em favor dos empregadores, inserindo, na MP 927, de 22-3-2020, o art. 29, cuja dicção é a que segue:

Art. 29. Os casos de contaminação pelo coronavírus (covid-19) não serão considerados ocupacionais, exceto mediante comprovação do nexos causal (BRASIL, 2020)

forma robusta, que se contaminou ao manter contato com alguma pessoa portadora de Covid-19, durante a prestação de serviços, não terá, jamais, sua doença considerada como sendo de origem ocupacional.

Como produzir essa prova? Nos casos de malária e de febre amarela, basta a comprovação de que o trabalhador prestava serviços relacionados à pesquisa, combate, tratamento etc. dessas doenças, em regiões onde elas são muito frequentes. Até porque não há como comprovar que o trabalhador foi “picado” pelo mosquito transmissor. Seria uma prova diabólica: o trabalhador teria que capturar o mosquito infectado e ainda apresentar prova testemunhal de que fora aquele mosquito que o teria picado.

Pode parecer cômico, mas seria algo parecido que se estaria a exigir do trabalhador contaminado por Covid-19. Ele teria que capturar o vírus SARS-CoV-2 e ainda comprovar, por testemunha ou algum vídeo, que fora aquele vírus que o teria infectado, e mais, que teria sido transmitido por outra pessoa, portadora de Covid-19, no seu local de trabalho. Prova mais que diabólica!

“Na hipótese da doença endêmica, restou explícito que basta ao trabalhador comprovar que estava exposto ou em contato direto com os agentes causadores da doença em razão da “natureza do trabalho” que ele desenvolvia, para se afastar a exclusão legal.”

Aparentemente, o texto legal parece com o do art. 20, § 1º, “d”, da Lei de Benefícios, comentado retro. Somente uma leitura apressada conduziria a tal interpretação.

Na hipótese da doença endêmica, restou explícito que basta ao trabalhador comprovar que estava exposto ou em contato direto com os agentes causadores da doença em razão da “natureza do trabalho” que ele desenvolvia, para se afastar a exclusão legal.

De outra mirada, na hipótese de Covid-19, cabe ao trabalhador comprovar a existência de nexos causal entre a doença e o trabalho prestado ao empregador, sem mais. É dizer: se o trabalhador não comprovar, de

Daí porque, em breve síntese, essa exclusão apriorística do nexos causal pelo art. 29 da MP 927, sem apontar ao trabalhador qualquer caminho para que pudesse se desincumbir de seu ônus probatório, é uma forma de aniquilar seu direito fundamental à reparação dos danos decorrentes de doença ocupacional, insculpido no art. 7º, XXVIII, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Não será possível tratar, neste breve artigo, da intrincada questão relacionada à natureza jurídica dessa responsabilidade do empregador, se subjetiva (dolo ou culpa) ou objetiva (atividades de risco), porque o que interessa aqui é saber, previamente, se a

Covid-19 pode ou não ser considerada como doença do trabalho.

A decisão do E. STF sobre a questão

Conquanto tenha sido objeto de diversas críticas, a decisão do E. STF sobre essa questão – a constitucionalidade ou não da regra do indigitado art. 29 – foi extremamente sábia e correta.

A norma do referido art. 29 foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento, em sede de liminar, pelo Plenário da Corte, ao ser instado a referendar a decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio, no conjunto de ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas contra a MP 927 – ADIs n. 6342, 6344, 6346, 6348, 6349, 6352 e 6354: 7 (sete) ADIs, portanto –, e, como se sabe, o Plenário referendou a decisão liminar do eminente Relator originário, considerando constitucionais todas as regras questionadas, exceto as dos arts. 29 e 31 dessa MP.

Como amplamente divulgado na imprensa e em diversos sites do meio jurídico, o STF, por maioria (7 x 2), promoveu uma compatibilização de valores, ao reconhecer, em sede de decisão liminar, que as regras dos arts. 29 e 31 da MP 927, que tratam de saúde do trabalhador, em linhas gerais, não se amoldam ao texto constitucional, ao imporem aos trabalhadores um ônus desmedido. Veja-se esta notícia:

Compatibilização de valores

Prevaleceu, no entanto, a divergência aberta pelo ministro Alexandre de Moraes, no sentido de que as regras dos artigos 29 e 31 fogem da finalidade da MP de compatibilizar os valores sociais do trabalho, “perpetuando o vínculo trabalhista, com a livre iniciativa, mantendo, mesmo que abalada, a saúde financeira de milhares de empresas”.

Segundo o ministro, o artigo 29, ao prever que casos de contaminação pelo coronavírus não serão considerados ocupacionais, exceto mediante comprovação denexo causal, ofende inúmeros trabalhadores de atividades essenciais que continuam expostos ao risco. O artigo 31, por sua vez, que restringe a

atuação dos auditores fiscais do trabalho, atenta contra a saúde dos empregados, não auxilia o combate à pandemia e diminui a fiscalização no momento em que vários direitos trabalhistas estão em risco.

Também votaram neste sentido os ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Carmen Lucia, Ricardo Lewandowski e Luiz Fux. Para o ministro Luiz Roberto Barroso, deve ser conferida interpretação conforme a Constituição apenas para destacar que, caso suas orientações não sejam respeitadas, os auditores poderão exercer suas demais competências fiscalizatórias (AASP, 2020).

De se destacar, nos debates levados a efeito por ocasião da decisão prolatada por videoconferência, as assertivas dos Ministros Alexandre de Moraes, que abriu a divergência, Luiz Roberto Barroso e Carmen Lucia. Disse o primeiro que a regra do art. 29 é ofensiva aos trabalhadores de atividades essenciais, que estão expostos a riscos muito maiores do que outros, contribuindo para a manutenção da atividade econômica e da imprescindível atividade no setor da saúde pública. Ele aduziu que, a se exigir a comprovação cabal do nexocausal, os trabalhadores teriam uma dificuldade excessiva em se desincumbir desse ônus. Nisso, foi secundado pelos dois outros ministros referidos, os quais consideraram que isso seria exigir dos trabalhadores uma



prova diabólica, como já enfatizado por este articulista anteriormente.

A inconstitucionalidade dessa norma reside no fato de que não sopesou com rigor o valor social do trabalho e o valor da livre iniciativa. Quando se está a ponderar sobre normas que têm um viés econômico – verbas trabalhistas típicas x possibilidades econômicas da empresa – é bem possível fazer um juízo de proporcionalidade e considerar as dificuldades financeiras das empresas. Contudo, quando em jogo a saúde do trabalhador, seu bem mais essencial, não há como se estabelecer juízo de ponderação. A saúde deve prevalecer, sempre. Por isso mesmo o empregador não pode alegar dificuldades financeiras para deixar de fornecer EPIs obrigatórios, tampouco para deixar de cumprir normas de segurança no trabalho. Por extensão, não se pode estabelecer regras que tornem impossível ou quase impossível ao trabalhador ter acesso às indenizações reparatórias de danos, caso contraia doenças, ainda que pandêmicas, no desempenho de seu labor.

Como bem lembrou o Ministro Edson Fachin, a preponderância da Constituição não é valor que se possa afastar, nem mesmo em situação de crise aguda provocada por uma pandemia.

“A Constituição e as leis trabalhistas não podem ser desconsideradas nem pelos empregados nem pelos empregadores, mesmo em tempo de situação emergencial de saúde”, disse o ministro Fachin (AASP, 2020).

Sem sombra de dúvida que deverá, portanto, o STF, no julgamento de fundo, na decisão definitiva do Plenário, endossar a decisão tomada em sede cautelar, diante do seu incontestável acerto. A partir dessa premissa, a doutrina e a jurisprudência têm de encontrar caminhos hermenêuticos na busca de soluções que não maltratem os direitos fundamentais dos trabalhadores, como já se afirmou. A equidade como justiça do caso concreto é que deverá guiar as mentes dos aplicadores da normativa de doenças ocupacionais e das reparações previstas, como se extrai da *ratio decidendi* do pronunciamento do STF, tema complexo que se examinará em seguida.

A *ratio decidendi* no que concerne às chamadas atividades essenciais

Bem se viu que, na visão do Ministro Alexandre de Moraes, a disposição seca do art. 29 da MP n. 927 ofendia inúmeros trabalhadores de atividades essenciais, pois estes continuam expostos ao risco acentuado diante da pandemia de Covid-19, e teriam sua situação jurídica probatória extremamente dificultada numa eventual ação trabalhista em que fossem à Justiça do Trabalho postular a indenização de danos decorrentes da Covid-19, adquirida por ocasião da prestação de serviços ao empregador.

Em suma, pelo menos nas atividades essenciais, não seria justo exigir um pesado encargo de prova dos trabalhadores, que teriam de demonstrar o nexo causal entre o seu trabalho e a Covid-19, sem qualquer presunção que lhes fosse favorável, seja em razão da natureza de seu trabalho, seja porque para eles, trabalhadores das atividades essenciais, o nexo causal deveria ser presumido, diante do risco extenso e intenso ao qual estão submetidos.

De modo que se pode extrair dessa argumentação jurídica do voto divergente do Ministro Alexandre de Moraes uma *ratio decidendi* que conduziria a um precedente importante do STF em matéria de saúde do trabalhador, qual seja: em época de pandemia (ou de epidemia) não seria razoável impor ao trabalhador, por meio de norma de urgência, um tratamento diferenciado em termos de ônus de provar a aquisição da doença ocupacional.

Ensina Cesar Zucatti Pritsch (2020), com apoio na doutrina de Goodhart, que a *ratio decidendi*, ou o núcleo da decisão judicial que pode servir de paradigma decisório para decisões futuras, é inferido a partir dos fatos tidos pela corte como essenciais ou determinantes (*material facts*), e a conclusão jurídica ordenada pela corte em tal moldura fática – em suma, “fatos necessários (*material facts*) + conclusão jurídica”. Portanto, havendo a repetição futura do mesmo contexto fático, seja no controle de constitucionalidade de norma prevendo abstratamente as mesmas hipóteses fáticas, seja em caso concreto dependente dos mesmos fatos essenciais, a mesma conclusão jurídica do precedente deve ser aplicada.

Em tal contexto, decompondo o precedente em estudo, temos os seguintes fatos essenciais (aqui, hipóteses fáticas abstratamente previstas na norma sujeita ao controle concentrado de constitucionalidade, o art. 29 da MP 927):

A) a contaminação do empregado pelo coronavírus (Covid-19);

B) uma norma negando a natureza ocupacional, salvo comprovação do nexa causal – portanto, impondo ao empregado o ônus da prova;

C) e afastando a presunção de nexa causal, mesmo para trabalhadores de atividades essenciais, sujeitos a elevada exposição ao contágio.

Resultado: a inconstitucionalidade de qualquer norma definidora de ônus da prova em matéria de doença ocupacional, que exija do trabalhador o ônus de comprovar o nexa causal entre o trabalho e a doença, quando estiver a laborar com elevada exposição ao contágio, como nas atividades essenciais.

Essa mesma *ratio decidendi* conduz ao precedente de que, presentes as mesmas hipóteses fáticas no futuro, o resultado haverá de ser o mesmo. É dizer, se o Governo Federal editar outra MP dificultando o acesso à justiça (direito fundamental à prova) por parte do trabalhador que alega ter adquirido doença ocupacional, criando situações de prova diabólica, ou mesmo se o Congresso Nacional editar uma lei nesse sentido, a norma será inconstitucional.

De forma muito resumida: nenhuma norma pode impor ao trabalhador que labora em atividades essenciais o ônus de provar relação de causa e efeito entre o seu trabalho e a doença que o acometeu. Esse nexa de causalidade deve ser, no mínimo, presumido, cabendo ao empregador o ônus de demonstrar a situação inversa, ou seja, que, apesar da presunção favorável ao trabalhador, a doença foi adquirida em outro local ou momento, não durante a prestação de serviços. Para afastar tal presunção, poderia o empregador alegar e provar, por exemplo, que, não obstante todas as recomendações de isolamento social, o trabalhador continuou a frequentar lugares com aglomeração de

pessoas: festas, churrascos, reuniões de família e um largo etcétera. Ou que alguém da família do trabalhador adquiriu a doença antes dele, além de outras situações.

De se notar que a própria FIESP emitiu Nota Técnica diante dessa decisão do STF, ressaltando que, se o empregado produzir prova de que “ficou exposto ao vírus ou teve contato direto” por conta da “natureza do trabalho executado (exemplo, trabalhadores em hospitais, laboratórios de testes, centros de pesquisas desse vírus, empresas de coleta de lixo hospitalar, etc), ficará caracterizada a doença do trabalho” (FIESP, 2020). Por isso mesmo, a FIESP orientou os empregadores do seu setor industrial a tomarem todas as medidas eficazes para prevenir a contaminação, bem como a se preocuparem com a pré-constituição da prova, documentando exaustivamente todas as medidas adotadas para tanto.

Resta definir, então, quais seriam essas atividades essenciais, nas quais o trabalhador já teria um nexa causal presumido para Covid-19. O primeiro caminho que se poderia percorrer é o de examinar o quanto disposto a esse respeito na Lei de Greve. De se recordar que o art. 10 da Lei n. 7.783/89 é a norma geral que define quais serviços ou atividades econômicas podem ser consideradas essenciais. Atualmente, são 15 (quinze) atividades ali descritas, em regra, envolvendo serviços públicos da maior essencialidade, como abastecimento de água, distribuição de energia elétrica, assistência médica e hospitalar, comércio de medicamentos e alimentos, serviços funerários, de transporte coletivo, de recolhimento de lixo, de telecomunicações, dentre outros.

Se já se encontra aí um rol extenso de atividades essenciais, esse leque foi demasiadamente ampliado por conta do Decreto n. 10.282, de 20-3-2020. Inicialmente, esse decreto presidencial – editado com fundamento no art. 84, caput, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 – previa 35 (trinta e cinco) atividades como essenciais. Contudo, como é amplamente sabido, o Governo Federal, talvez na ânsia de fazer com que a economia volte a pleno vapor, tem aumentado reiteradamente esse rol de atividades essenciais, por meio de novos decretos.

O Decreto n. 10.292, de 25-3-2020, acrescentou várias atividades, incluindo atividades de pesquisa, de consultoria jurídica e até mesmo atividades religiosas, dentre outras. Em seguida, o Decreto n. 10.329, de 28-4-2020, acrescentou inúmeras atividades, destacando-se serviços de radiodifusão, atividades nos setores de alimentação, repouso, limpeza, higiene, de locação de veículos e um largo etcétera.

Não bastasse, o Decreto n. 10.344, de 8-5-2020, que gerou bastante polêmica, considerou também estas atividades como essenciais:

LIV - atividades de construção civil, obedecidas as determinações do Ministério da Saúde;

LV - atividades industriais, obedecidas as determinações do Ministério da Saúde;

LVI - salões de beleza e barbearias, obedecidas as determinações do Ministério da Saúde; e

LVII - academias de esporte de todas as modalidades, obedecidas as determinações do Ministério da Saúde (BRASIL, 2020b).

Ora, se até as inúmeras atividades do ramo da construção civil e da indústria passam a ser consideradas essenciais, o que mais não seria essencial? E se, no setor de serviços, até salões de beleza e academias de quaisquer modalidades também passam a ser essenciais, o que mais faltaria nos amplos setores do comércio, indústria e serviços? Quase nada.

Ocorre que essa “volúpia” economicista pode significar, em termos de doenças ocupacionais, uma situação favorável aos trabalhadores. Dado o precedente anteriormente fixado, o nexos causal para a Covid-19 seria presumido em todas essas atividades. Vale dizer, nessas 57 (cinquenta e sete) atividades essenciais, adquirida a Covid-19, teria o empregador de provar que, apesar dessa presunção favorável ao trabalhador, a doença não foi adquirida no trabalho, mas em outro local ou momento, como já explanado.

A concausa como fator de equidade; aplicação do princípio da solidariedade

Por fim, importante tecer breves comentários sobre o instituto da concausa. Inclusive porque a própria FIESP, em sua nota técnica já referida, adverte os empregadores sobre a necessidade de que eles tomem todas as medidas eficazes à prevenção da contaminação no ambiente de trabalho, destacando que “a omissão do empregador no tocante à adoção de medidas para preservação da saúde do empregado contra a contaminação pelo covid-19 poderá constituir uma concausa da doença decorrente de tal vírus”, explicando que a concausa caracterizará essa doença, então, “como sendo doença do trabalho, equiparada a um acidente de trabalho” (FIESP, 2020).

Em seguida, a FIESP se preocupa em observar aos seus associados que, nesse caso, de ser reconhecida a doença do trabalho, por concausa, o empregador teria as seguintes “implicações”: a) o trabalhador receberá auxílio-doença acidentário (B-91) – o que implica dizer que a empresa terá de emitir a CAT; b) ele terá direito à garantia de emprego de doze meses (art. 118 da Lei n. 8.213/91) após a alta médica; c) e terá também direito ao recolhimento do FGTS em todo o período de afastamento; d) além de três consideráveis riscos para o empregador: 1º) de ação indenizatória proposta pelo empregado; 2º) de ação regressiva por parte do INSS (União); e 3º) de elevação da alíquota do SAT – seguro de acidente do trabalho (FIESP, 2020).

Bem se vê que não é pouca coisa. Daí que se faz necessário que os empresários compreendam a extensão do instituto da concausa³.

Atualmente, a concausalidade está prevista no art. 21, inciso I, da Lei n. 8.213/91, segundo o qual também é equiparado ao acidente do trabalho:

I — o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua

3 Os parágrafos que seguem, explicando o instituto da concausa, foram extraídos da obra deste autor antes referenciada: **Acidente do trabalho: responsabilidade objetiva do empregador**, p. 184-198.

capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação (BRASIL, 1991).

Tal dispositivo reconhece que nem sempre o acidente se apresenta como causa única e exclusiva da lesão ou doença, pois pode haver a conjugação de outros fatores (concausas).

De acordo com Nascimento (1992, p. 45), a concausalidade

[...] nada mais é que a aceitação de que, na ocorrência acidentária, podem concorrer uma causa vinculada ao trabalho e outras tantas sem qualquer relação com a atividade laboral, denominadas de concausas. A concausalidade, portanto, é circunstância independente do acidente e que à causa deste se soma para dar o resultado danoso final. O fundamento lógico da concausalidade é que a causa traumática ou o fator patogênico sozinhos não geram idênticas consequências na totalidade de pessoas, isto porque cada uma tem maior ou menor poder de reação a tais causas agressivas, ou maior ou menor receptividade a seus aspectos negativos.

Daí que as concausas, como fatores externos, atuam sempre na extensão dos danos. Por exemplo, na hemorragia decorrente de um corte profundo, surgido de um acidente do trabalho, não há falar em concausalidade, por ser a hemorragia consequência da própria lesão sofrida; no entanto, se o corte for pequeno e a hemorragia resultar de ser a vítima hemofílica, percebe-se que o grande sangramento não decorreu do corte, e sim da hemofilia, que atuou como causa concorrente ou concausa (NASCIMENTO, 1992, p. 45).

Contudo, a concausa não se dá apenas quando ocorre um macrotrauma (acidente típico), podendo configurar-se, também, em situações de microtraumas, pois a condição insegura ou insalubre em que o trabalho é prestado, dia a dia, aliada a fatores extralaborais, como a predisposição genética, por exemplo, pode desencadear o aparecimento da doença incapacitante, ou até mesmo abreviar a doença degenerativa, que, normalmente, apareceria somente anos mais tarde.

Compreendida em linhas gerais o

que é a concausa, há de se definir qual é sua consequência jurídica imediata. E é esta: a atenuação da responsabilidade do empregador. É dizer: a concausa pode (e deve) abrandar a responsabilidade da empresa, já que, no caso, a causa-trabalho não foi a única a desencadear a doença ou a agravá-la. No entanto, o juízo de equidade, com base nos princípios da proporcionalidade e da solidariedade, não pode conduzir à decisão de simplesmente se afastar a responsabilidade do empregador, porquanto a concausa não é fator excludente da referida responsabilidade.

Por isso, no processo judicial, o perito nomeado pelo juízo, ao verificar a existência da concausa, deve envidar esforços para identificar qual o grau de contribuição do evento ocorrido no trabalho, em comparação com os problemas congênitos, degenerativos ou decorrentes do histórico laboral apresentado pelo trabalhador, fora do ambiente de trabalho. À míngua de fatores objetivos e precisos, ele poderá até arbitrar que a contribuição foi igual (50%) para ambas as causas, a laborativa e a extralaborativa, num juízo de equidade. Contudo, sempre que possível, o perito deve determinar um percentual aproximado, ou, pelo menos, identificar se a contribuição do trabalho foi mínima, média ou máxima (por exemplo: 25%, 50%, 70% etc.), aplicando-se, por analogia, a intensidade da exposição à insalubridade e os percentuais utilizados na MP n. 936, de redução de jornada e pagamento do benefício emergencial.

Com efeito, o que deve atenuar a situação jurídica do empregador diante da concausalidade é o arbitramento da indenização, pois se o ambiente laboral não foi a causa única da doença, deve-se mensurar, com apoio nos princípios da proporcionalidade e da solidariedade, qual a contribuição negativa desse ambiente para o surgimento da doença, podendo ser aplicado, por analogia, também o art. 945 do Código Civil. Para tanto, o laudo pericial deve evidenciar qual a contribuição da causa-trabalho para a aquisição da doença, como já se pontuou.

Ao fim e ao cabo, a concausa surge nessa intrincada questão como um fator de equidade, não deixando o trabalhador desamparado, e, de outro lado, não impondo ao empregador uma indenização

desproporcional à contribuição que seu ambiente laboral deu à aquisição da doença pelo trabalhador, ainda que laborando este em atividades essenciais.

Em todos os casos, mas principalmente naqueles em que a solução apontada pela interpretação da lei — inclusive das regras sobre a prova e o ônus da prova — conduz a uma situação de injustiça, deve o juiz buscar a equidade, ou seja, a justiça do caso concreto, na milenar definição de Aristóteles.

Com efeito, o juiz não deve ser um mero aplicador de leis, tampouco conformar-se com interpretações dadas como irrecusáveis. Antes, deve basear-se na lógica do razoável (*Recaséns Siches*), haja vista que o intérprete deve buscar, sempre, uma solução que seja razoável, adequada e que promova a justiça do caso concreto, de modo que a lógica do razoável é a versão contemporânea da equidade. Justiça é o que se pretende na atuação do Judiciário e o que almejam tanto o trabalhador quanto o empregador.

Conclusão

Em síntese, pode-se apontar que, nesse período caótico pelo qual está passando a humanidade, em razão da pandemia de COVID-19, aos trabalhadores das atividades essenciais, o Direito tem de oferecer a máxima proteção, pois são eles que estão mantendo a economia funcionando, ainda que precariamente e, acima de tudo, estão prestando a atenção sanitária às vítimas do insidioso vírus, em hospitais, farmácias e demais estabelecimentos da área da saúde, bem como nas tantas atividades realmente essenciais.

Contudo, acidentes ocorrerão e doenças serão adquiridas nesse triste período, inclusive a Covid-19. Ocorre que o trabalhador não terá condições de comprovar que adquiriu essa doença por ocasião do exercício de seu trabalho. Daí que a opção do Governo Federal, de excluir, aprioristicamente, o nexo causal diante da aquisição da Covid-19 pelo trabalhador, na redação do art. 29 da MP n. 927/2020, foi absolutamente injustificável. Não por outra razão, o E. STF, em sua composição plenária, ainda que em decisão liminar, decidiu por suspender a eficácia dessa norma, por ser

inconstitucional.

Como é sabido, os ministros do STF decidiram que esta norma é ofensiva aos trabalhadores de atividades essenciais, os quais estão expostos a intenso risco de contaminação e trabalhando inclusive em sobrejornada, mormente no setor da saúde pública. Como disseram os ministros, a se exigir a comprovação cabal do nexo causal, esses trabalhadores teriam uma dificuldade excessiva em se desincumbir do ônus da prova, o que seria, na verdade, exigir deles uma prova diabólica.

Ora, quando está presente, na colisão de direitos, o direito à saúde do trabalhador, não há como se estabelecer juízo de ponderação. A saúde deve prevalecer, sempre. Daí que se pode extrair uma *ratio decidendi* desse precedente do STF, em matéria de ônus da prova: a inconstitucionalidade de qualquer norma definidora de ônus da prova em matéria de doença ocupacional, que venha a exigir do trabalhador o ônus de comprovar o nexo causal entre o trabalho e a doença, quando ele estiver a laborar com elevada exposição ao contágio, como ocorre nas atividades essenciais. Esse nexo de causalidade deve ser presumido, “invertendo-se” o ônus da prova, tendo o empregador de demonstrar a situação inversa: que a doença foi adquirida em outro local ou momento, não durante a prestação de serviços.

Poder-se-ia imaginar que, nesse passo, seria o empregador que teria o ônus de produzir uma prova diabólica. Para se evitar essa possível injustiça, há de se recorrer ao instituto da *concausa*, que visa à repartição de sortes entre as partes, no processo judicial, para efeitos de indenização, com fulcro nos princípios da solidariedade, da proporcionalidade e da razoabilidade. Assim, haverá a atenuação da responsabilidade do empregador.

Enfim, a *concausa* pode ser utilizada como um fator de equidade, numa justa distribuição dos riscos do resultado do processo, buscando-se, assim, implementar a justiça do caso concreto. Com base nessas premissas, é possível que a Justiça do Trabalho construa uma jurisprudência que sopesse com equilíbrio os interesses antagônicos, preservando, de um lado, os

direitos fundamentais dos trabalhadores e, de outro, amenizando a situação econômica das empresas, promovendo, assim, a tão almejada pacificação social.

A equidade é que deverá guiar as mentes dos aplicadores da normativa de doenças ocupacionais, de ônus da prova e das reparações previstas, como se extrai da ratio decidendi do pronunciamento do STF, pois esse precedente deve nos iluminar como um farol, nesse tempo de tanta escuridão.

Referências

ASSOCIAÇÃO DE ADVOGADOS DE SÃO PAULO. STF afasta trechos da MP que flexibiliza regras trabalhistas durante pandemia da Covid-19. AASP, São Paulo, 30 abr. 2020. Disponível em: <https://www.aasp.org.br/noticias/stf-afasta-trechos-da-mp-que-flexibiliza-regras-trabalhistas-durante-pandemia-da-covid-19>. Acesso em: 12 maio. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Malária: o que é, causas, sintomas, tratamento, diagnóstico e prevenção. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 202-Disponível em: <https://saude.gov.br/saude-de-a-z/malaria>. Acesso em: 12 maio. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.213 de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 jul. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 29 out. 2020.

BRASIL. Medida provisória n. 927, de 22 de março de 2020. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 mar. 2020a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm. Acesso em: 29 out. 2020.

BRASIL. Decreto nº10.344, de 11 de maio de 2020. Altera o Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020, que regulamenta a Lei nº

13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 maio. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/decreto-n-10.344-de-11-de-maio-de-2020-256165816>. Acesso em: 29 out. 2020.

FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Nota Técnica: O Coronavírus como Doença relacionada ao Trabalho em face da Decisão do STF.FIESP, 2020. Disponível em: https://apps.fiesp.com.br/download/NOTA_TECNICA_Decisao_STF_ADI_4362_doenca_do_trabalho.pdf. Acesso em: 22 maio. 2020.

MAGANO, Octávio Bueno. Lineamentos de infortunistica. São Paulo: Bushatsky, 1976.

MONTEIRO, Antonio Lopes; BERTAGNI, Roberto Fleury de Souza. Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais: conceito, processos de conhecimento e execução e suas questões polêmicas. 3. ed. atual. de acordo com o Código Civil de 2002, as normas sobre precatórios e o novo FAP. São Paulo: Saraiva, 2005.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. Curso de direito infortunistico. 3 ed. Porto Alegre: Fabris, 1992.

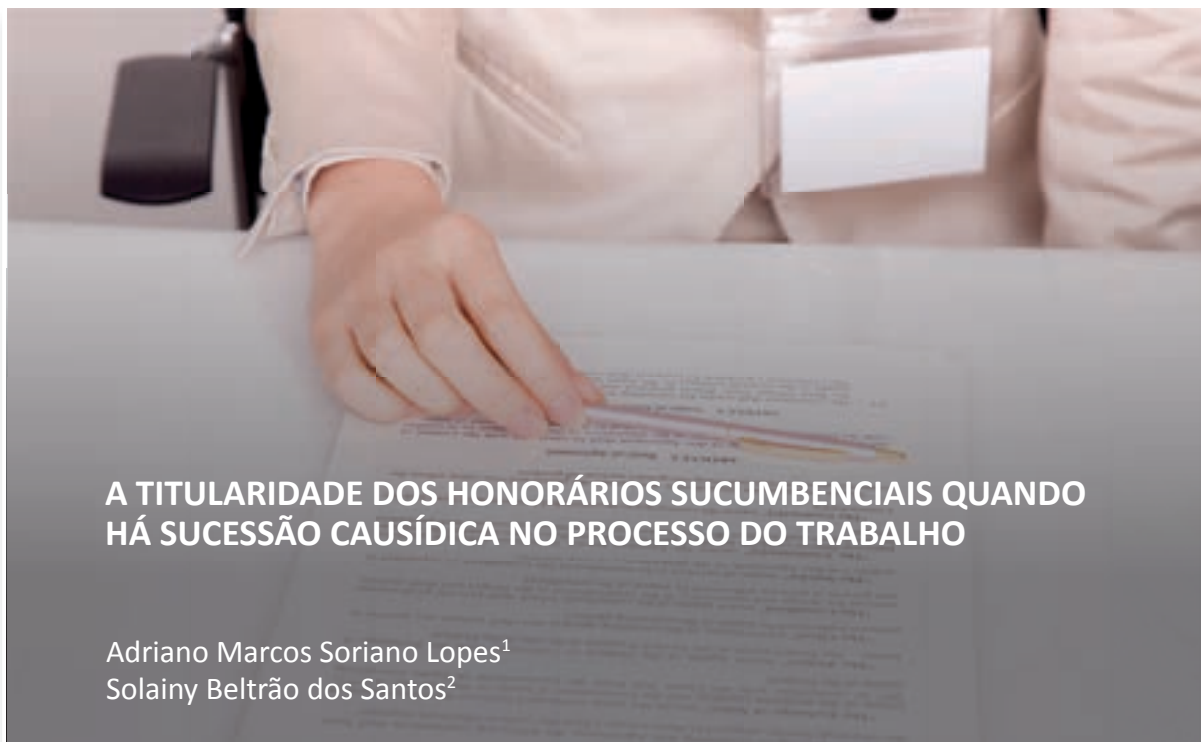
ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus). OPAS, 2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em: 12 maio. 2020.

PRITSCH, Cesar Zucatti. Como identificar a ratio decidendi e aplicar ou distinguir um precedente? In: PRITSCH, Cesar Zucatti et. al. (coord.) **Precedentes no processo do trabalho:** teoria geral e aspectos controversos,. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

GALILEU. Entenda a diferença entre epidemia, pandemia, endemia e surto. Revista Galileu, São Paulo, 12 mar. 2020. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/Saude/noticia/2020/03/>

entenda-diferenca-entre-epidemia-pandemia-endemia-e-surto.html. Acesso em: 12 maio. 2020.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **Acidente do trabalho**: responsabilidade objetiva do empregador. 3. ed. São Paulo: LTr, 2014.



A TITULARIDADE DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS QUANDO HÁ SUCESSÃO CAUSÍDICA NO PROCESSO DO TRABALHO

Adriano Marcos Soriano Lopes¹
Solainy Beltrão dos Santos²

RESUMO

Questão tormentosa é a definição da titularidade dos honorários de sucumbência nos processos trabalhistas em que houve sucessão de procurador. O presente trabalho visa a elucidar qual caminho pode ser trilhado para solução dessa controvérsia. Para tanto, a partir do método lógico-dedutivo será tratado primeiramente sobre os honorários de sucumbência, abordando aspectos histórico-legislativos, bem como a compreensão doutrinária do instituto. Na sequência, a referida verba honorária será analisada a partir do tratamento doutrinário e da legislação trabalhista, mormente a fim de estabelecer as diferenças lógico-sistemáticas do instituto no âmbito civil e trabalhista. Ato contínuo, partindo-se dos parâmetros alinhavados, busca-se responder quem

tem titularidade para cobrar os honorários sucumbenciais fixados quando há sucessão de procuradores e a eventual partilha entre os patronos.

Palavras-chave: Processo do trabalho. Honorários Sucumbenciais. Titularidade. Sucessão de procuradores.

INTRODUÇÃO

A sucumbência processual tem a função de responsabilizar o vencido pelos gastos suportados pelo vencedor durante a demanda, como modo pacificador da restituição integral do dano. Nesse contexto, os honorários sucumbenciais são o espelho dessa medida de justiça e elucidar acerca da titularidade da parcela nos processos trabalhistas em que ocorre a sucessão de advogados é forma de divisar a real dimensão da justiça distributiva. E esse é, justamente, o objetivo desse trabalho.

Para tanto, com base no método dedutivo, a primeira parte do estudo abordará a evolução histórica, legislativa e

1 Juiz do Trabalho Substituto no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Especialista em Ciências do Trabalho pela Faculdade Lions. E-mail: amslopes@trt3.jus.br.

2 Juíza do Trabalho Substituta no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Especialista em Inovações em Direito Civil e seus Instrumentos de Tutela pela Universidade Anhanguera – Uniderp. E-mail: solainy@trt3.jus.br

jurisprudencial no âmbito do processo civil acerca da natureza e alcance dos honorários advocatícios de sucumbência para, na sequência, tratar do instituto na seara do processo trabalhista, observando a mesma metodologia, de modo a ponderar sobre as diferenças dogmáticas da verba honorária nos referidos processos.

A partir dessa contextualização, o trabalho trará o discernimento doutrinário e jurisprudencial a respeito da constituição do crédito honorário e da titularidade da parcela quando há sucessão causídica nos processos do trabalho, seja antes ou depois da própria fixação da verba e o modo de equalizar eventuais divergências entre os procuradores.

Destaca-se que a análise ponderada da atuação do advogado no caso concreto é de grande relevância no contexto trabalhista atual, mormente quando há sucessão de procurador, na medida em que a generalização da aplicação dos honorários sucumbenciais em âmbito trabalhista é relativamente recente, o que demonstra a sensibilidade da temática, não se podendo perder de vista a necessária e verdadeira distribuição da justiça.

A EVOLUÇÃO HISTÓRICO-LEGISLATIVA DA SUCUMBÊNCIA E ATUAL COMPREENSÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS

O princípio processual da sucumbência, advém da *distrazione* italiana, que nada mais é do que responsabilizar pelos custos decorrentes da atividade jurisdicional o litigante vencido, de modo a desestimular a abusividade do exercício do direito de ação e a preservação do processo como forma de recomposição do interesse violado.

Nesse ínterim, reconhecido determinado direito apenas por meio do processo, as consequências dele oriundas devem incluir a recomposição do patrimônio do titular do direito para que o próprio

exercício da atividade jurisdicional não signifique sua minoração, podendo-se dizer que o princípio da sucumbência decorre do princípio da causalidade. Enquanto o primeiro impõe o encargo sucumbencial à parte que tenha sido derrotada na solução dada à causa pela sentença, o segundo leva em consideração quem deu causa ao processo para atribuir-lhe responsabilidade dos gastos processuais.

Nas palavras de Cahali (2011, p.32):

A justificação para o princípio da sucumbência é uniforme entre os autores: aquele que se pretende necessitado da tutela jurisdicional, se não é atendido senão recorrendo às vias judiciais, não deve suportar um sacrifício econômico (que, segundo a clássica proposição, diminuiria o valor do direito reconhecido); à sentença cabe prover para que o direito do vencedor não saia diminuído de um processo em que foi proclamada a sua razão.

Nesse diapasão, doutrina e jurisprudência são uníssonas em concluir que a responsabilidade pelos encargos processuais não decorre necessariamente da sucumbência, mas do princípio da causalidade, que é mais abrangente que aquele, sendo devido todo e qualquer gasto que a atuação do litigante exigir para a parte adversa na defesa de seus interesses. Nos dizeres de Chiovenda citado por Dinamarco (2011, p. 935) “tudo quanto foi necessário ao seu reconhecimento concorreu para diminuí-lo e deve ser reintegrado ao sujeito do direito, de modo que este não sofra prejuízos em razão do processo” (CHIOVENDA apud DINAMARCO 2011, p. 935).

Prova mais evidente de que os honorários não se derivam apenas da sucumbência são as vetustas disposições dos arts. 63 e 64 do CPC/1939, que previam o pagamento da parcela como punição, nas hipóteses de alteração intencional da verdade, condução temerária da lide, apresentação

de incidentes manifestamente infundados ou dolo/culpa contratual/extracontratual, que atualmente estão vinculados à ideia de litigância de má-fé em sua maioria. Apenas em 1965, com a edição da Lei n. 4.632/65, que alterou o referido diploma processual, os honorários passaram a refletir a noção de sucumbência.

Convém registrar que os honorários advocatícios constavam do art. 64 do CPC/39 e art. 20 do CPC/73 como direito da parte vencedora e não do advogado que a patrocina, pois envolvia ressarcimento de despesa de contratação para patrocínio da causa, circunstância que só foi modificada com o advento da Lei n. 8.906/94, quando a parcela passou a constituir direito do causídico e, por esse motivo é, hodiernamente vedada a compensação em caso de sucumbência parcial (art. 85, §14, do CPC).

de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, observados o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância da causa e, ainda, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço (BRASIL, 1973)

E os honorários advocatícios compreendem os contratuais e os de sucumbência, nos moldes do art. 22 a 24 da Lei n. 8.906/94, sendo ambas as hipóteses forma de remuneração pelo serviço prestado pelo causídico, por meio do qual provê o seu sustento. Enquanto os honorários advocatícios contratuais são convencionados pelo advogado e seu cliente, os sucumbenciais derivam da prolação da decisão judicial.

“Enquanto os honorários advocatícios contratuais são convencionados pelo advogado e seu cliente, os sucumbenciais derivam da prolação da decisão judicial.”

Cabe rememorar o ensinamento de Theodoro Júnior (2019, p. 452) para quem:

A concepção clássica da inclusão dos honorários de advogado dentro das despesas processuais que o vencido deve repor ao vencedor se fundamentou, sempre, na injustiça que representaria fazer recair sobre o titular do direito reconhecido em juízo os gastos despendidos na obtenção da respectiva tutela.

O art. 20 do CPC/73, assim como todo o diploma que o sustentava, foi revogado pelo Digesto Processual Civil de 2015 que, em seu art. 85, prevê: “A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor”, fixando no §2º o percentual mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo

Insta registrar que a natureza alimentar dos honorários advocatícios era atribuída pela jurisprudência inicialmente apenas aos honorários contratuais, pois somente estes representariam a verba necessária para subsistência do advogado, já que honorários sucumbenciais seriam acessórios da condenação e apenas devidos em caso de sua existência, o que infirmaria o caráter de imprescindibilidade da verba para o sustento do profissional da advocacia.

Apenas em 2006 tal parâmetro foi modificado com o julgamento pelo E. STF do RE 470407/DF, de relatoria do Min. Marco Aurélio Mello, quando a Excelsa Corte reconheceu que ambas as espécies de honorários representavam a contraprestação de um serviço, tendo, portanto, a finalidade de prover a subsistência do profissional que

o prestou de forma técnica e especializada, sendo dessa maneira inegável o caráter de verba alimentar.

Ademais, em sessão plenária realizada em 27/05/2015, publicada no DOU de 02/06/2015, o E. STF aprovou a Súmula 47 ratificando a natureza alimentar dos honorários sem fazer qualquer distinção entre os contratuais e os sucumbenciais.

Nessa linha, tendo natureza alimentar, como inclusive consta do §14 do art. 85 do CPC, é de rigor a ilação de que o honorário sucumbencial possui autonomia em relação ao crédito principal devido no processo, conforme expressamente se extrai do art. 23 do EOAB ao dispor que honorários de sucumbência são definidos como verba autônoma devida pela parte vencida diretamente ao advogado da parte vencedora, fixados de acordo com as particularidades do serviço jurídico prestado, com o objetivo de ressarcimento dos gastos que o vencedor teve com a contratação do advogado que defendeu seus interesses no processo. E essa autonomia é tão evidente que a parcela também é devida quando o advogado atua causa própria (art. 85, §17, do CPC).

A princípio, a jurisprudência condicionou a condenação nos honorários de sucumbência a requerimento formulado pela parte. Contudo, o E. STF, com a aprovação da Súmula 256 na sessão plenária 13/12/1963, reconheceu a desnecessidade de pedido expresso para a condenação nos honorários de sucumbência ao sedimentar que: “É dispensável pedido expresso para condenação do réu em honorários, com fundamento nos arts. 63 ou 64 do Código de Processo Civil.” (BRASIL, 1963). Tal previsão consta expressamente do §1º do art. 322 do CPC, já que a condenação em honorários de sucumbência decorre da própria prolação da sentença, por imposição legislativa, como efeito secundário ou acessório da decisão.

Cabe mencionar, em nótula, que

atualmente a *Codex* Processual Civil separou os honorários advocatícios (art. 85 do CPC) das despesas processuais (art. 84 do CPC), não sendo mais possível considerar aqueles como espécie destas. Sob esta lente, a parte vencedora, anteriormente, poderia reaver do vencido o que despendeu com a contratação de advogado, como se inferia do art. 20 do CPC/73, o que não se reproduziu no CPC vigente. Em posição crítica a essa alteração legislativa e apontando solução ao imbróglio, Theodoro Júnior (2019, p. 453) aduz:

Assim dispondo, a lei protegeu a remuneração do advogado que defendeu, com êxito, a parte vitoriosa, mas reduziu a tutela jurisdicional que a esta foi prestada, já que uma porção considerável de seus gastos em juízo restou irre recuperável. Ao contrário do velho desígnio de cobertura total ao direito de quem faz jus à proteção da tutela da Justiça, o vencedor, agora, segundo a sistemática literal do NCPC, só logra recuperar uma parte de seu prejuízo. Embora ganhando a causa, a sentença lhe proporcionará um resultado menor do que o correspondente a seu crédito efetivo.



[...] Os honorários despendidos pela parte vencedora com a contratação de seu advogado correspondem a um desfalque patrimonial que teve de ser suportado pelo demandante para alcançar a tutela jurisdicional de seu direito. Segundo entendimento do STJ, o Código Civil, ao regular a reparação de perdas e danos, inclui expressamente no respectivo montante os gastos com honorários de advogado (CC, arts. 389, 395 e 404). Esses gastos, obviamente, não são recuperados por meio da verba dos honorários de sucumbência, visto que esta constitui “crédito autônomo do advogado”. Daí que os honorários convencionais, como gasto real suportado pelo vencedor, terão de integrar a indenização das perdas e danos, a fim de que seja proporcionada, a quem de direito, “a reparação integral do dano sofrido”, a cargo daquele que deu causa ao processo e nele saiu vencido. [...] Essa orientação pretoriana, nascida da harmonização entre o direito material e o processual, se nos afigura como subsistente também frente ao sistema do novo Código de Processo Civil.

No próximo capítulo tratar-se dos honorários de sucumbência no processo do trabalho, ressaltando as nuances dogmáticas que os diferencia do processo civil.

OS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA E O PROCESSO DO TRABALHO

Na Justiça do Trabalho, por muito tempo, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios nas lides que derivavam de uma relação de emprego não decorria da mera sucumbência, na medida em que se exigia o patrocínio da entidade sindical pelo trabalhador vencedor da demanda trabalhista e que este percebesse salário inferior ao dobro do salário-mínimo ou estivesse em situação econômica que

não lhe permitisse demandar sem prejuízo do próprio sustento ou de sua família, nos moldes dos artigos 14 e 16 da Lei n. 5.584/70 e das Súmulas 219 e 329, ambas do C. TST.

Ao lado dos referidos honorários assistenciais, que eram devidos não ao advogado, mas ao sindicato que prestou assistência judiciária ao trabalhador, cabe registrar que tão somente nas lides que não decorressem da relação de emprego, assimiladas a partir da EC 45/2004 que deu nova redação ao art. 114 da CRFB, bem como nas ações rescisórias, a condenação ao pagamento da verba honorária derivava da mera sucumbência, conforme art. 5º da IN n. 27, de 16.02.2005 do C. TST, assim como nas ações ajuizadas perante a justiça comum e posteriormente remetidas à Justiça do Trabalho (OJ 421 da SBDI-I/TST).

Ademais, entendia-se pela inaplicabilidade das disposições do CPC ou da Lei n. 8.906/94 nas lides decorrentes da relação de emprego não só pela existência de normas próprias aplicáveis ao âmbito juslaboral, mas principalmente por restar vigente o *jus postulandi* nas instâncias ordinárias da Justiça Trabalho (art. 791 da CLT e Súmula 425 do C. TST), o que implicava concluir que a contratação de causídico particular era mera opção da parte vindicante, não devendo a parte *ex adversa* ser responsabilizada pelo manejo dessa faculdade.

Entretanto, a partir de 11.11.2017, os honorários advocatícios sucumbenciais foram incluídos no processo do trabalho pela Lei n. 13.467/2017, ao dispor no art. 791-A o seguinte:

Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo

possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

§ 1º Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria.

§ 2º Ao fixar os honorários, o juízo observará:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 5º São devidos honorários de sucumbência na reconvenção (BRASIL, 2017).

A justificativa do Projeto de Lei n. 6.787/2016 que ensejou a referida normatização na Lei n. 13.467/2017 decorreu da ideia de que a falta de honorários de sucumbência no âmbito trabalhista incentivava a mobilização improdutiva de recursos judiciais e a perda da eficiência da Justiça do Trabalho, de modo que a inserção do instituto inibiria a propositura de demandas temerárias, garantiria maior celeridade na apreciação das ações realmente necessárias e propiciaria a redução de custos do Poder Judiciário Trabalhista.

Desse modo, a partir da vigência do art. 791-A da CLT, uma nova realidade se apresentou no âmbito da Especializada, de modo que no ajuizamento de qualquer

“Por esta vereda, também pode ser mencionada a possibilidade de o trabalhador formalizar contrato de honorários advocatícios mais adequados a essa nova realidade.”

§ 3º Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrar honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários.

§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

demanda trabalhista, a parte autora, assistida por patrono particular ou do sindicato, ou mesmo quando substituída por este, passasse a ter o cuidado de observar esse novo risco ao formular as pretensões, ao que Teixeira Filho (2017, p. 85) denomina de "responsabilidade postulatória". E foi exatamente por esse motivo que o legislador reformista exigiu a valoração monetária de todos os pedidos da petição inicial, qualquer que seja o rito (art. 840, §1º, da CLT), observando que a exigência que já existia para o rito sumaríssimo desde 2000 (art. 852-B, I, inserido na CLT pela Lei n. 9.957/2000).

Antevendo circunstâncias positivas dessa inovação legislativa para ambos os litigantes, Santos e Hajel Filho (2020, p. 565) ressaltam:

Para o empregado, podemos vislumbrar, como positivo, o fato de o empregador se sentir compelido a pagar corretamente as verbas rescisórias quando da extinção contratual, visto que caso o empregado ajuíze a reclamação trabalhista e consiga a procedência de seus pleitos, o empregador, além de ter que pagar as verbas rescisórias, terá que pagar honorários advocatícios sucumbenciais ao advogado do empregado. Ou seja, haverá acréscimo na condenação. [...]

Em relação ao empregador, o art. 791-A traz vantagem de inibir que empregados que achem de má-fé (aqueles que não possuem direito, mas mesmo assim procuram o judiciário trabalhista), ajuízem demandas na Justiça do Trabalho.

Por esta vereda, também pode ser mencionada a possibilidade de o trabalhador formalizar contrato de honorários advocatícios mais adequados a essa nova realidade.

Cabe ponderar que com a previsão expressa dos honorários de sucumbência na CLT, restam superadas as disposições das Súmulas 219 e 329 do C. TST no que restringem o cabimento do instituto no processo do trabalho, ressaltando-se, ainda, que o art. 16 da Lei n. 5.584/70 foi revogado pela Lei n. 13.725/18.

Insta salientar que, na seara laboral, não cabem honorários de sucumbência quando se trata de mandado de segurança (Súmula 512 do E. STF e art. 25 da Lei n. 12.016/2009), nos dissídios coletivos (art. 856 da CLT), nos incidentes processuais (embargos à execução, impugnação aos cálculos, exceções de incompetência/impedimento/suspeição, objeção de pré-executividade), nos procedimentos de jurisdição voluntária (art. 855-B da CLT) ou nas sentenças homologatórias de acordo se as partes não dispuserem de modo contrário, por inexistência de sucumbência ou do caráter contencioso nessas hipóteses.

Quanto ao critério de fixação previsto no art. 791-A, §2º, da CLT tem-se que é o mesmo estabelecido no art. 85, §2º, do CPC, de modo a observar os princípios da equidade, da proporcionalidade e da isonomia, ressaltando que a variação do percentual da verba honorária sucumbencial é mais restrita no processo do trabalho (5% a 15%) do que no âmbito do processo civil (10% a 20%). Outrossim, a base de cálculo é idêntica, devendo ser considerado o valor líquido da condenação, o proveito econômico obtido ou o valor atualizado da causa (para as hipóteses de valor não mensurável, como, por exemplo, cumprimento de obrigações de fazer), bem como apurando-se a parcela em liquidação de sentença, sem dedução dos descontos fiscais e previdenciários (OJ 348 da SBDI-I/TST), de modo que a parcela será conhecida não em sentença, a qual apenas estabelece uma estimativa, mas em momento posterior.

Relevante aludir também que, em caso de sucumbência recíproca, ambas as partes serão condenadas a pagar honorários advocatícios sucumbenciais para a parte contrária, vedando-se a compensação (art. 791-A, §3º, da CLT), aplicando-se o disposto no art. 86, parágrafo único, do CPC à esfera trabalhista (art. 769 da CLT), porque, paralelamente, trata da mesma hipótese de sucumbência, de forma que se houver sucumbência em parte mínima no processo do trabalho, fica o vencido na quase totalidade das pretensões responsável por inteiro pelos honorários de sucumbência.

Por óbvio que no referido dispositivo processual há conceito jurídico indeterminado ou de cláusula aberta, passível de interpretação do juiz no caso concreto, o qual deve divisar o que venha a ser essa "parte mínima", observando o conjunto da postulação e o princípio da boa-fé (art. 322, §2º, do CPC).

Delgado; Delgado (2017, p. 329) analisando essas balizas, ponderam que:

a interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica do novo preceito da CLT (art. 791-A) pode atenuar a concepção de sucumbência recíproca, tal como o formulado na Súmula 326 do STJ: **Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.** A mesma linha interpretativa poderia conduzir semelhante compreensão para outros pleitos, minorando as repercussões da nova regra jurídica.

Na doutrina não existe consenso do que venha ser "parte mínima" do pedido para os fins do parágrafo único do art. 86 do CPC, entendendo Leite (2019, p. 863) que "deve corresponder a menos da metade dos pedidos" e Santos; Hajel Filho (2020, p. 574) que "sucumbência em parte mínima do pedido ocorrerá nos casos em que, diante de vários pedidos da petição inicial, o autor logrará procedência igual ou superior aos $\frac{3}{4}$ dos pedidos".

Ademais, pondera-se que as disposições do CPC a respeito dos honorários de sucumbência são mais elastecidas do que a previsão celetista, o que caracteriza silêncio eloquente por opção legislativa e não permite a aplicação subsidiária da norma processual civil, mesmo porque as alterações promovidas na CLT são posteriores ao novo Código Processual Civil.

Isso significa dizer que se o legislador entendeu não imprimir nas regras do processo do trabalho as mesmas previsões do CPC, a interpretação jurídica mais escorreita é não admitir a aplicação subsidiária ou supletiva, por ausência de omissão, mormente se houver incompatibilidade com as regras e princípios processuais trabalhistas. Caso assim não fosse, bastaria o legislador apenas mencionar que se aplica ao processo do trabalho as normas do processo civil acerca dos honorários de sucumbência, o que não é

a hipótese.

Nessa lógica, observa-se ainda que no processo do trabalho os honorários sucumbenciais são fixados tão somente na fase de conhecimento, pelas razões expostas e pela incompatibilidade com os princípios processuais trabalhistas da previsão do art. 85, §§1º e 11, que permitem a aplicação do instituto por atos ou fases processuais; bem como não se aplica quando a atuação do patrono não for relevante e necessária para o resultado do feito, como nos casos de extinção do processo sem resolução do mérito, de renúncia ou reconhecimento jurídico do pedido, a despeito da previsão dos arts. 85, §6º e 90 do CPC, ou, ainda, de improcedência liminar. Nesse mesmo sentido, entendem Souza Júnior *et. al.* (2017, p. 379-380):

Não à toa, o legislador celetista, mesmo regravando de modo detalhado o tema e migrando diversas regras do CPC para o texto da CLT, preferiu não estabelecer honorários advocatícios para as hipóteses de sentença sem resolução do mérito – em sua grande maioria, na processualística laboral, suscitadas por desistência da ação (CLT, art. 841, §3º; CPC, art. 485, VIII) e arquivamentos por faltas injustificadas do autor à sessão inaugural (CLT, art. 844, caput). Deveras, nesse particular, não estamos diante de lamentável omissão do legislador reformista, a acionar a técnica da aplicação supletiva de regras do CPC. Cuida-se, em verdade, claramente, de típica hipótese de silêncio eloquente. [...] Percebase que se o desejo do legislador celetista fosse verdadeiramente outro – impor honorários sucumbenciais independentemente do conteúdo da decisão, mesmo em casos de extinção processual sem resolução do mérito –, certamente o legislador reformista teria transportado para o texto da CLT, como o fez em diversas outras oportunidades na Lei nº 13.467/2017 (nas regras de distribuição do ônus da prova previstas no art. 373 do CPC transplantadas para o novo art. 818 da CLT, por exemplo) e mesmo neste art. 791-A da CLT, a clara disposição a respeito constante



do CPC (art. 85, §6º). Mas assim não o fez, revelando opção político-legislativa, neste ponto, minimamente respeitadora da vontade constitucional de garantir livre acesso ao Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV) e máxima gratuidade de assistência judiciária (CF, art. 5º, LXXIV), no que preservou alguma reminiscência do regime jurídico anterior, em que o trabalhador, nas lides empregatícias, jamais poderia ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios. Por tais fundamentos, gizamos nossa convicção de que, no processo do trabalho, não caberá, em nenhuma hipótese, a fixação de honorários sucumbenciais em sentenças que extingam o processo sem resolução do mérito (CPC, art. 485), revelando-se inaplicável, pois, na seara processual laboral, qualquer disposição do CPC que sinalize em sentido contrário.

O C. TST também já teve a oportunidade de se manifestar a respeito, perfilhando a mesma inteligência:

ARQUIVAMENTO DA RECLAMAÇÃO TRABALHISTA POR AUSÊNCIA DO RECLAMANTE À AUDIÊNCIA. O caput do art. 844 da CLT já previa o arquivamento da reclamação trabalhista nos casos de

ausência injustificada do reclamante à audiência. Nas reclamações trabalhistas ajuizadas após a entrada em vigor da Lei 13.467 de 2017, 11/11/2017, além do arquivamento da reclamação, o não-comparecimento injustificado do reclamante também importará sua condenação ao pagamento de custas, cujo pagamento é condição para propositura de nova reclamação trabalhista, nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 844 da CLT, introduzidos pela aludida Lei. Todavia, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais não está prevista no referido dispositivo, que traz rol taxativo das consequências advindas do não-comparecimento injustificado do reclamante à audiência. Por outro lado, havendo previsão expressa na CLT do ônus que recai sobre o reclamante que não comparece à audiência, não deve haver aplicação subsidiária do art. 85, § 6º, do CPC, consoante dispõe o art. 769 da CLT, que prevê a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao Processo do Trabalho apenas quando houver omissão neste e desde que haja compatibilidade. Dessa forma, conclui-se ser indevida a condenação ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais em hipóteses como a presente. Recurso de Revista de que se conhece e a que se dá provimento.” (TST-RR-10349-92.2018.5.03.0173, 8ª Turma, rel. Min. João Batista Brito Pereira, julgado em 30/9/2020) . (BRASIL, 2020).

Nesses moldes, pode-se dizer que no processo civil os honorários sucumbenciais estão ligados ao princípio da sucumbência e ao princípio da causalidade, ao passo que, no processo do trabalho a escolha legislativa foi vincular a verba honorária apenas ao princípio da sucumbência.

Oportuno registrar, ainda, que a sucumbência no processo do trabalho é diferente da sucumbência no processo civil, na medida em que esse instituto se adapta às peculiaridades processuais exigidas pelo art. 769 da CLT. Isso quer significar que a sucumbência deve ser compreendida não

pelo valor individual do pedido, mas pelo próprio pedido formulado em seu conjunto, ou seja, o bem da vida. Desse modo, o trabalhador apenas deve ser sucumbente para fins de fixação dos honorários se o pedido individualmente considerando for rejeitado de forma integral, não se responsabilizando pela verba honorária se parte do pedido for acolhida, já que, neste caso, restou vencedor no objeto (bem da vida). Essa é a lição, inclusive, de Pamplona Filho; Souza (2020, p.552-553):

É que o sistema instituído no âmbito do direito processual do trabalho quanto à imputação das despesas pela parte se vincula à derrota no pedido. Ou seja, ainda que a parte não seja totalmente vencedora no item formulado, sua vitória, mesmo parcial, não lhe impõe o ônus decorrente das despesas [...] Ou seja, [...] não são devidos honorários sucumbenciais, quando a discussão envolver exclusivamente a extensão da vitória em cada item ou capítulo. Tendo havido vitória, ainda que não na integralidade do quanto requerido, não houve sucumbência da parte no pedido [...] Ter-se-ia, assim a compreensão do instituto segundo sua vinculação ao sistema das despesas no direito processual do trabalho, que, de ordinário, vincula-se à derrota total no pedido para a cominação das despesas respectivas .

Em arremate, o §4º do art. 791-A da CLT dispõe que os honorários advocatícios são devidos ainda que se trate de beneficiário da justiça gratuita, da mesma forma que o art. 98, §2º, do CPC, mas com a peculiaridade de que se o trabalhador tiver crédito no mesmo ou em outro processo que possa suportar o pagamento da verba, esta será deduzida do montante que tenha a receber e, tão somente na hipótese contrária, as obrigações sucumbenciais remanescem sob condição suspensiva pelo prazo de 02 anos, devendo o credor, no referido lapso, comprovar alteração das condições financeiras do beneficiário para cobrar-lhe o débito. Convém ponderar que o art. 98, §3º, do CPC é mais benefício

do que a disposição celetista, não prevendo a mencionada peculiaridade, mas apenas a condição suspensiva quanto à exigibilidade da verba honorária. Registra-se que há discussão sobre a constitucionalidade dessa disposição celetista no âmbito do E. STF (ADI n. 5.766/DF).

A SUCESSÃO DE PROCURADORES NO PROCESSO TRABALHISTA E A CONTROVERTIDA TITULARIDADE DA VERBA HONORÁRIA

A constituição dos honorários advocatícios sucumbenciais ocorre quando da prolação da decisão que os fixe, como efeito condenatório anexo desta, na forma do art. 24 da Lei n. 8.906/94. A esse respeito, inclusive, preceitua Cahali (2011, p. 422) que **"o direito autônomo do advogado começa a nascer com a sentença que decide a ação em favor de seu constituinte"**.

Por esse motivo, a doutrina do processo civil considera que o marco temporal para a aplicação das normas a respeito dos ônus sucumbenciais é a data da prolação da sentença. Nesse sentido, Theodoro Júnior (2019, p. 465/466) esclarece:

Segundo antigo entendimento jurisprudencial, não importa, para o direito intertemporal, quando teve início o processo, para se definir qual a regra a observar na decisão judicial acerca da imposição de remuneração do advogado da parte vencedora: o princípio a prevalecer, na espécie, é o de que "a sucumbência rege-se pela lei vigente à data da sentença que o impõe". De fato, quando da passagem do CPC/1939 para o CPC/1973, o STF consolidou a tese de que "em se tratando de sucumbência – inclusive no que diz respeito a honorários de advogado –, os novos critérios legais de sua fixação se aplicam aos processos em curso", ou seja: tendo ocorrido radical alteração no regime legal da sucumbência, "a ela se aplica o direito vigorante no momento em que é decretada". É no mesmo sentido da velha

orientação do STF que a jurisprudência do STJ vem se firmando diante das inovações dos §§ do art. 85 do CPC/2015, o mesmo ocorrendo com a doutrina.

Malgrado no processo civil os honorários de sucumbência possam decorrer de decisão interlocutória - como as sentenças parciais de mérito (art. 356, §5º, do CPC) -, no caso do processo do trabalho, como visto, emergem tão somente da sentença de 1º grau, nos moldes do art. 791-A da CLT.

Além disso, doutrina e jurisprudência comungam do entendimento de que os honorários advocatícios sucumbenciais possuem natureza não só processual, mas também material, ou seja, natureza híbrida, uma vez que a condenação das partes ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais implica em repercussão em seus patrimônios materiais e, por este motivo, a referida inovação legal no processo trabalhista deve ser interpretada restritivamente, sob pena de violação da garantias constitucionais de irretroatividade da lei e segurança jurídica (art. 5º, XL c/c art. 6º, "caput", da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), bem como da instituição de mácula ao princípio da não surpresa (arts. 9º e 10º, do CPC).

Isso quer significar que, considerando a inexistência de previsão anterior à Lei n. 13.467/2017 acerca dos honorários advocatícios sucumbenciais no processo do trabalho, o art. 791-A da CLT somente se aplica às ações ajuizadas posteriormente à sua vigência, como, inclusive, entende o C. TST, por meio da previsão do art. 6º da IN 41/2018.

A doutrina de Santos; Hajel Filho (2020, p. 570) também perfilha a mesma inteligência:

No que concerne aos honorários sucumbenciais e concessão da gratuidade de justiça, entendemos que possuem

natureza híbrida (Resp 1.465.535/SP-STJ), tendo seu regramento fixado no momento do ajuizamento da ação e estabilização da lide, permitindo às partes apurarem o risco da demanda. Aplica-se também o princípio da não surpresa (art. 10 do CPC c/c com o art. 769 da CLT), porquanto os temas a serem debatidos tiveram seus lineamentos fixados antes da vigência das referidas lei e medida provisória. No mesmo sentido é a posição fixada no art. 6º da Instrução Normativa 41/2018 do TST, que dispõe no sentido de que a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais, nos termos previstos no art. 791-A e parágrafos da CLT, não se aplica aos processos iniciados antes da vigência da Lei 13.467/2017: Na Justiça do Trabalho, a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais, prevista no art. 791-A, e parágrafos, da CLT, será aplicável apenas às ações propostas após 11 de novembro de 2017 (Lei nº13.467/2017). Nas ações propostas anteriormente, subsistem as diretrizes do art. 14 da Lei nº 5.584/1970 e das Súmulas n. 219 e 329 do TST.

Não raro no processo do trabalho é a sucessão de advogados de uma mesma parte no curso da demanda, seja por ter havido o falecimento do patrono ou ter ele perdido sua capacidade postulatória (CPC, art. 313, I), seja em razão de a parte ter revogado o mandato que outorgou poderes ao causídico (CPC, art. 111), ou, ainda, de o procurador ter renunciado aos poderes que recebeu (CPC, art. 112), bem como por motivo de força maior que o impeça de continuar no patrocínio da causa.

Considerando que ao patrono da parte vencedora pertence os honorários sucumbenciais, é este, por sua vez, o titular do direito patrimonial e, caso o juiz não o fixe, incumbe àquele a possibilidade de recorrer em nome próprio, como terceiro interessado, nos moldes dos arts. 23 e §1º do art. 24 do EOAB, bem como do §15 do art. 85 do CPC, ou, ainda, por meio de ação autônoma caso já tenha a sentença transitado em julgado (art. 85, §18, do CPC), restando superada a Súmula 453 do C. STJ. Nesse sentido, Cahali (2011, p. 809):

Mas também, referindo-se agora que tais honorários pertencem ao advogado, impende reconhecer que este encontra-se agora investido de legitimidade, também para recorrer, em nome próprio, da sentença proferida em favor do cliente, na parte referente aos honorários da sucumbência, seja no caso de ter sido negada a verba, seja igualmente no caso de ter sido esta fixada em quantia irrisória [...]

Sobre as possibilidades de atuação do patrono na cobrança dos honorários de sucumbência, ressalta Gonçalves (2020, p. 342) que:

[...] poderá optar entre promover a execução de seus honorários em nome próprio, ou em nome da parte, em conjunto com o principal. Se optar pela segunda possibilidade, a parte executará em nome próprio valores que pertencem ao advogado, o que constitui manifestação de legitimidade extraordinária. Pela mesma razão, o advogado pode também recorrer em nome próprio, com a finalidade exclusiva de elevar seus honorários.

Sendo os honorários sucumbenciais constituídos com a prolação da sentença, a titularidade da parcela pertence apenas ao causídico que atuava no processo neste momento ou também caberia àquele patrono que participou do processo em momento anterior? Ao patrono destituído na causa remanesceria o direito de cobrar os honorários sucumbenciais para os quais contribuiu? E se positiva a resposta, caberia a cobrança no mesmo processo em que a parcela foi fixada ou em ação autônoma?

Extrai-se da própria lógica imanente à ideia de sucumbência que todos os que tiveram atuação relevante e necessária para o sucesso da demanda devem fazer jus aos benefícios decorrentes dela, independentemente do momento da constituição do crédito, não sendo justo garantir a verba apenas ao advogado que atua no caso no momento da fixação do percentual dos honorários

advocatícios sucumbenciais.

Ademais, se considerar que os honorários sucumbenciais são, deveras, remuneração do serviço prestado por aquele que regularmente atuou no processo, privá-lo da parcela é menoscabar o exercício da profissão e a sua existência digna.

Convém ponderar que a questão não envolve controvérsia acerca dos honorários contratuais, sobre os quais a Justiça do Trabalho não detém sequer competência, diante da relação de consumo que vincula o profissional (fornecedor) e o cliente (consumidor final), nos termos da Súmula 363 do C. STJ.

Tecida essa consideração, registra-se que o C. STJ tem precedentes firmes no sentido de não permitir que o patrono sucedido seja legítimo para executar honorários sucumbenciais em nome próprio no curso da demanda principal em que já foram fixados, legitimando apenas o causídico sucessor para tanto e submetendo a discussão controvertida à ação autônoma:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. REVOGAÇÃO DE PODERES ADVOCATÍCIOS. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. NECESSIDADE DE PROPOSITURA DE AÇÃO AUTÔNOMA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é pela impossibilidade da execução de honorários advocatícios sucumbenciais nos próprios autos da ação principal em relação a advogado que teve seu mandato revogado. 2. Agravo interno improvido. (STJ – 4ª T. – AgInt no REsp 1.546.305/PR – Rel. Min. Raul Araújo – j. em 16/06/2016 – DJe 03/08/2016) (BRASIL, 2016) PROCESSO CIVIL. PEDIDO. PETIÇÃO INICIAL. INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. COBRANÇA. ADVOGADO QUE ASSUME PROCESSO EM TRÂMITE. LEGITIMIDADE. ANTIGO PATRONO. INTERVENÇÃO. DESNECESSIDADE. 1. O pedido deve ser extraído da interpretação lógico-

sistemática da petição inicial, a partir da análise de todo o seu conteúdo. Precedentes. 2. Inexiste óbice a que o advogado o qual assume processo em trâmite venha a negociar e cobrar os honorários sucumbenciais, sendo dispensável a intervenção do antigo patrono da parte, cujos poderes foram revogados no decorrer da ação, cabendo a este pleitear seus direitos diretamente do seu ex-cliente, mediante ação autônoma. 3. Recurso especial não provido (STJ – 3ª T. – REsp 1.093.648/SP – Rel. Min.ª Nancy Andrighi – j. em 15/12/2011 – DJe 01/02/2012) (BRASIL, 2011)

No contexto do processo civil essa interpretação jurisprudencial é plausível para se evitar tumulto processual, na medida em que os honorários advocatícios podem ser fixados em razão de atos e fases processuais (honorários recursais e executivos), o que não ocorre no processo do trabalho, em que a fixação se dá exclusivamente na sentença primeva.

Nesses contornos, fixando a decisão trabalhista os honorários sucumbenciais ao patrono que atuou na causa no processo de conhecimento, a ele é devida a parcela, independentemente se foi sucedido por outro em momento futuro no processo, já que a constituição do crédito ocorre quando da prolação da sentença, não importando o átimo em que o pagamento da verba é efetuado.

Questão diversa, porém, é quando a sucessão de procuradores ocorre antes da fixação da verba honorária, ou seja, antes da sentença. Nesses casos, é pragmático considerar que a questão deve ser decidida pelo próprio juiz da causa, pois ele tem mais condições de fixar ou distribuir os honorários sucumbenciais dos profissionais da advocacia que atuaram no feito do que qualquer outro, observando eventual contraditório entre os patronos. Essa posição, perfilhada pelo C. STJ, evita o desgaste da definição em demanda futura, mormente a respeito de

quem suportaria o pagamento da parcela (se o cliente ou o vencido nos autos principais) ou discussões a respeito do prazo de prescrição (art. 25 da Lei n. 8.906/94), bem como o momento em que a demanda deveria ser proposta (se haveria a necessidade de aguardar ou não o julgamento final do processo principal):

Com efeito, não há que se falar na necessidade de ação própria para garantir a cobrança da verba honorária pertencente aos causídicos, porquanto a execução, bem como as medidas preparatórias, pode ser promovida nos mesmos autos da ação em que tenham atuado, se assim lhes convier, conforme dispõem os arts. 23 e 24, §1º, da Lei nº 8.906/1994 (STJ, REsp 294.690/RS, Rel. Min. Jorge Scartezini, 4ª Turma, jul. 24.08.2004, DJU 04.10.2004) (BRASIL, 2004).

Como visto em linhas transatas e interpretando a *contrario sensu* o disposto no §18 do art. 85 do CPC, quando não se tratar de hipótese de omissão de fixação dos honorários sucumbenciais em sentença transitada em julgado, é cabível a discussão no bojo da demanda principal. Interpretação essa que também pode ser inferida do §1º do art. 24 do EOAB, que permite a execução da verba sucumbencial nos autos do mesmo processo em que tenha sido fixada.

Com efeito, existindo controvérsia e observando os princípios da economia e celeridade processuais, os honorários de sucumbência devem ser fixados pelo juiz na sentença de modo a partilhar entre os advogados que atuaram na mesma causa, sucessivamente e em momentos diferentes do processo de conhecimento e, observando a equidade e a proporcionalidade de sua atuação.

Nessa temática o C. STJ já decidiu pela distribuição equitativa dos honorários sucumbenciais entre advogados que atuaram em momentos distintos na fase de conhecimento:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. DIVERSIDADE DE ADVOGADOS EM ATUAÇÃO SUCESSIVA. NATUREZA REMUNERATÓRIA DOS HONORÁRIOS. DIREITO QUE TEM COMO TITULAR O PROFISSIONAL QUE DESENVOLVEU SEUS TRABALHOS NO PROCESSO.1. A regra da responsabilidade pelos encargos do processo não se vincula necessariamente à sucumbência, mas sim ao princípio da causalidade, mais abrangente que o da sucumbência, segundo o qual aquele que litiga o faz por sua conta e risco e se expõe ao pagamento das despesas pelo simples fato de sucumbir. 2. Os honorários são, por excelência, a forma de remuneração pelo trabalho desenvolvido pelo advogado, vital a seu desenvolvimento e manutenção, por meio do qual provê o seu sustento. Com o advento da Lei n. 8.906 de 1994 - Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, os honorários sucumbenciais passaram a se configurar exclusivamente como paga pelo trabalho desenvolvido pelo advogado, perdendo a natureza indenizatória para assumirem a feição retributória.3. A constatação da natureza alimentar da verba honorária e mais especificamente dos honorários sucumbenciais, tem como pressuposto a prestação do serviço técnico e especializado pelo profissional da advocacia, que se mostra, ao mesmo tempo, como fundamento para seu recebimento.4. Os honorários são a remuneração do serviço prestado pelo profissional que regularmente atuou no processo e a titularidade do direito a seu recebimento deve ser atribuída a todos os advogados que em algum momento, no curso processual, desempenharam seu mister. 5. A verba honorária fixada em sentença deve ser dividida entre todos os procuradores que patrocinaram a defesa da parte vencedora, na medida de sua atuação.6. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ, 4ª Turma, REsp 1.222.194 – BA, Relator: Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 09/06/2015, Dje 04.08.2015) (BRASIL, 2015)

Especificamente na seara trabalhista, a Subseção II Especializada em Dissídios

Individuais (SDI-2) do TST já decidiu pela distribuição proporcional dos honorários de sucumbência de acordo com a devida participação no sucesso da demanda, fixando 70% para o patrono que primeiro atuou na demanda e 30% para aquele que o substituiu:

II – RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO RESCISÓRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. ALTERAÇÃO DO PERCENTUAL A SER DIVIDIDO ENTRE OS PATRONOS DA PARTE VENCEDORA. 1 - A Corte de origem condenou o autor da ação rescisória ao pagamento de honorários advocatícios no importe de 10% (dez por cento) do valor da causa, dos quais 5% (cinco por cento) caberiam ao antigo patrono e ora recorrente, e 5% (cinco por cento) aos atuais advogados da ré. 2 – Observa-se que o percentual de 10% (dez por cento) foi fixado de acordo com a apreciação equitativa do Juízo, que entendeu ser compatível com a complexidade da causa, em conformidade com o art. 85, § 2º, I a IV, do CPC de 2015. 3 – Entretanto, no tocante à distribuição do percentual aos patronos, é possível dizer que o labor realizado pelo recorrente foi decisivo para que a ré obtivesse sucesso na demanda, razão pela qual o percentual dos honorários advocatícios a ele cabíveis não pode ser igual aos demais, devendo ser superior a 5% (cinco por cento). Recurso ordinário conhecido e parcialmente provido. (TST, SBDI-II, RO-1000925-41.2016.5.02.0000, Relatora: Min. Delaíde Miranda Arantes, Publicação em 30.08.2019) (BRASIL, 2019)

Nessa linha, a atuação do advogado trabalhista sucedido ainda na fase de conhecimento deve ser considerada para fixação de sua cota-parte dos honorários sucumbenciais em sentença, observando como parâmetro a sua participação no sucesso da demanda, tendo legitimidade para discutir a respeito no bojo do processo, bem como para executar o que lhe for de direito nos próprios autos.

Conclui-se que, no processo do trabalho, qualquer que seja o momento da

sucessão de procuradores, o importante é levar em consideração quem foram os patronos contribuintes para o sucesso da demanda para fins de atribuição de valoração do trabalho por meio dos honorários sucumbenciais, observando que isso se dá quando da prolação da sentença trabalhista. Sendo assim, no bojo dos mesmos autos o(s) referido(s) procurador(es) possui(em) legitimidade para: questionar a fixação feita pelo juiz, mormente se não forem observados os critérios da proporcionalidade, razoabilidade e isonomia em eventual partilha da verba honorária; bem como executar o que lhe for de direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os honorários de sucumbência decorrem não só da sucumbência, mas também da causalidade e tiveram tratamento modificado ao longo do tempo no âmbito processual civil, passando de mera punição para restituição do litigante vencedor e evoluindo, por último, para crédito do patrono daquele que obteve sucesso na demanda.

No âmbito do processo do trabalho a implementação ampla do instituto ocorreu a partir da Lei n. 13.467/2017, tendo a doutrina observado algumas variações dogmáticas quanto a sua aplicação se comparada com o processo civil, em razão das próprias peculiaridades da processualística laboral.

Entretantes, em ambas as searas a verba honorária possui caráter alimentar por ser resultado do trabalho do causídico e, por esse motivo, o juiz deve fixar em sentença o montante que lhe for devido a título de sucumbência, independentemente se houver ou não sucessão de procuradores.

No processo trabalhista os honorários de sucumbência são fixados apenas na sentença de primeiro grau e apenas a prestação de serviço de todos os patronos que atuaram em prol da parte vencedora até o referido momento é que deve ser considerada

pelo magistrado, de modo a partilhar entre eles a parcela, observando a equidade, a isonomia e a proporcionalidade da atuação de cada um no sucesso da demanda.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm. Acesso em: 16 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Diário Oficial da União**, Brasília, 4 jul. 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 16 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 jul. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 16 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 256. **Aplicação das Súmulas no STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2390>. Acesso em: 16 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR-10349-92.2018.5.03.0173, 8ª Turma, rel. Min. João Batista Brito Pereira, julgado em 30/9/2020. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/c1557818a5374dc07a7af86bf315dcc9>. Acesso em: 16 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 294.690/RS, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 4ª Turma, jul. 24.08.2004, DJU 04.10.2004. **Jurisprudência da Quarta Turma**. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2004_184_capQuartaTurma.pdf. Acesso em: 16 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.093.648/SP – Rel. Min.ª Nancy Andrighi – j. em 15/12/2011 – DJe 01/02/2012. **Jurisprudência do STJ**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602569300&dt_publicacao=25/05/2017. Acesso em: 16 nov. 2020.

BRASIL. REsp 1.222.194 – BA, Relator: Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 09/06/2015, DJe 04.08.2015. **Migalhas**. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2016/9/art20160926-06.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª T. – AgInt no REsp 1.546.305/PR – Rel. Min. Raul Araújo – j. em 16/06/2016 – DJe 03/08/2016. **JusBrasil**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21283373/recurso-especial-resp-1093648-sp-2008-0184556-3-stj/relatorio-e-voto-21283375?ref=juris-tabs>. Acesso em: 16 nov. 2020.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários**

à Lei 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Tutela jurisdicional. Doutrinas essenciais do processo civil**. São Paulo: RT, 2011, v. I.

CAHALI, Yussef Said. **Honorários Advocatícios**. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2011.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 11 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

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

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; SOUZA, Tercio Roberto Peixoto. **Curso de direito processual do trabalho**. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos; HAJEL FILHO, Ricardo Antonio Bittar. **Curso de direito processual do trabalho**. 4ed. São Paulo: Atlas, 2020.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de et al. **Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: Rideel, 2017.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **O processo do trabalho e a reforma trabalhista: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum**. 60 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.



APLICAÇÃO DOS LIMITES DE EXPOSIÇÃO OCUPACIONAL A AGENTES INSALUBRES DA ACGIH (AMERICAN CONFERENCE OF GOVERNMENTAL INDUSTRIAL HIGYENISTS) NO DIREITO BRASILEIRO

Roberto Wakahara¹

Resumo

O item 9.6.1.1 da nova redação da Norma Regulamentadora (NR) 9 repetiu a mesma sistemática do item 9.3.5.1 “c” da antiga redação da NR 9. Há previsão de utilização dos padrões da ACGIH (*American Conference of Governmental Industrial Hygienists*) para limites de exposição a agentes insalubres, quando houver omissão nos anexos da NR 15. Trata-se de um tipo de norma extremamente raro no Direito Brasileiro, uma vez que remete a uma associação estrangeira disciplinar relações entre brasileiros no território brasileiro. Apoiados em uma análise sistemática do Direito Internacional do Trabalho, defendemos que os valores de exposição a agentes insalubres da ACGIH deveriam ser utilizados em todas as situações e não apenas em casos de omissão da NR 15, eis que decorrem de estudos mais

recentes, representando, de fato, o estado da arte. Isso porque os limites de exposição ocupacional mencionados na NR 15 estão em descompasso com as pesquisas de vanguarda, sendo que, em diversos casos, os limites dispostos pelo legislador brasileiro em 1978 não sofreram qualquer alteração, apesar de a ciência demonstrar o contrário. Apesar de já entendermos aplicáveis para todos os casos, sugerimos também *de lege ferenda* que o legislador pátrio inclua de forma expressa nos novos anexos da NR 9, bem como nos anexos da NR 15, que os limites de exposição ocupacional editados pela ACGIH sejam observados para todas as substâncias, de forma a pacificar o tema.

Palavras-chave: Limite de exposição ocupacional. Limite de tolerância. Direito Internacional do Trabalho. Normas Regulamentadoras. *American Conference of Governmental Industrial Hygienists*.

1 Doutorando em Direito do Trabalho (Universidade de São Paulo). Mestre em Direito do Trabalho (Universidade de São Paulo). Mestre em Trabalho, Saúde e Ambiente (Fundacentro). Pesquisador do GETRAB-USP. Auditor-Fiscal do Trabalho. roberto.wakahara@usp.br

INTRODUÇÃO

O texto em vigor (até agosto de 2021) da Norma Regulamentadora 9, que

trata do “Programa de Prevenção de Riscos Ambientais”, prevê, em seu item 9.3.5.1 “c”, a utilização dos padrões da Conferência Americana de Higienistas Industriais Governamentais (ACGIH - *American Conference of Governmental Industrial Hygienists*) para limites de exposição a agentes insalubres, quando houver omissão na Norma Regulamentadora 15, que versa sobre “Atividades e Operações Insalubres”.

A Norma Regulamentadora (NR) está assim disposta:

9.3.5.1 Deverão ser adotadas as medidas necessárias suficientes para a eliminação, a minimização ou o controle dos riscos ambientais sempre que forem verificadas uma ou mais das seguintes situações:

(...)

c) quando os resultados das avaliações quantitativas da exposição dos trabalhadores excederem os valores dos limites previstos na NR-15 ou, na ausência destes os valores limites de exposição ocupacional adotados pela ACGIH - *American Conference of Governmental Industrial Hygienists*, ou aqueles que venham a ser estabelecidos em negociação coletiva de trabalho, desde que mais rigorosos do que os critérios técnico-legais estabelecidos; (BRASIL, 2019)

A nova redação da NR 9, que passa a vigor a partir de agosto de 2021, traz dispositivo muito semelhante. O novo título da NR 9 é o seguinte: “Avaliação e controle das exposições ocupacionais a agentes físicos, químicos e biológicos”. O item 9.6.1.1, que trata das disposições transitórias, aplicável, portanto, enquanto não forem estabelecidos os anexos, está assim disposto:

9.6.1.1 Na ausência de limites de tolerância previstos na NR-15 e seus anexos, devem ser utilizados como referência para a adoção de medidas de prevenção aqueles previstos pela *American Conference of Governmental Industrial Hygienists* -ACGIH. (BRASIL, 2020)

Ou seja, nos termos do item 9.3.5.1 “c” da atual redação da NR 9, bem como disposto no item 9.6.1.1 da nova redação

da NR 9, caso o agente insalubre conste nos róis constantes dos anexos da NR 15, deve o empregador observar a regra ali disposta. Contudo, caso o agente insalubre não conste nos róis constantes dos anexos da NR 15, deve o empregador buscar como parâmetro de sua conduta uma regra emitida por uma entidade norte-americana de higienistas ocupacionais. Pode ainda ser utilizada uma regra prevista em norma coletiva, mas desde que mais rigorosa do que a NR 15 ou do que a norma da ACGIH aplicável ao caso.

Assim, para cerca de 150 substâncias é aplicável a NR 15 e para cerca de 600 substâncias é aplicável a norma da ACGIH, sendo certo que as substâncias encontradas na NR 15 são as mais utilizadas pela indústria em geral.

Desse modo, o Direito Brasileiro dispõe claramente que será utilizada uma regra emitida por uma associação estrangeira para disciplinar uma relação entre brasileiros no território brasileiro.

Afinal, a ACGIH é uma entidade não governamental, sem fins lucrativos, com sede em Cincinnati, nos Estados Unidos, com mais de 80 anos de existência, que atualmente congrega além dos agentes governamentais de higiene ocupacional norte-americanos, agentes governamentais de outros países e demais profissionais com atuação na área de saúde e segurança do trabalho, autônomos ou empregados, norte-americanos ou não.

O artigo pretende discutir, em um primeiro momento, a aplicabilidade dessa norma privada norte-americana no Direito Brasileiro, para os casos de omissão da NR 15.

Em um segundo momento, o artigo pretende discutir como a aplicação dos parâmetros da ACGIH mesmo para os casos em que não exista omissão da NR 15 é medida que atende às normas de Direito Internacional do Trabalho.

NORMAS REGULAMENTADORAS

As NR's são regras de conduta que devem ser observadas pelos empregadores no tocante à saúde e segurança do trabalho, tendo por "finalidade precípua a prevenção de acidentes de trabalho, aí incluídas as lesões à saúde do trabalhador decorrentes da exposição continuada a agentes nocivos" (MARTINS FILHO, 2008, p. 133).

As NR's surgiram em 1978, por meio da Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho. Elas decorrem da Lei nº 6.514/77, que alterou uma série de dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), especialmente no Capítulo V ("Da Segurança e da Medicina do Trabalho") do Título II (Das Normas Gerais de Tutela do Trabalho").

(OIT), e investidores também pressionavam o governo a aprimorar as condições de saúde e segurança do trabalho. Sendo assim, a criação das NR's contou com o apoio do governo e envolveu profissionais de escol, que tinham a incumbência de pesquisar o que havia de mais avançado no mundo sobre saúde e segurança do trabalho.

Não é por outra razão, que os limites de tolerância estipulados inicialmente, em 1978, reproduziam os valores limites de exposição ocupacional adotados pela ACGIH, em 1977, conforme esclarecem Arcuri e Cardoso (1991, p. 100).

No entanto, com o passar dos anos, as pesquisas demonstraram que muitos dos limites estabelecidos em 1978 eram insuficientes.

"Inicialmente, em 1978, foram previstas 28 NR'S. Até hoje, foram editadas 37 NR's."

A delegação normativa se encontra mais precisamente no art. 200 da CLT. Por tal dispositivo, resta previsto expressamente que o Ministério do Trabalho (competência atualmente exercida pelo Ministério da Economia) tem o dever de estabelecer disposições complementares às normas de saúde e segurança do trabalho.

Inicialmente, em 1978, foram previstas 28 NR'S. Até hoje, foram editadas 37 NR's.

Conforme esclarece Veloso (2017, p. 81), a criação das NR's em 1978 ocorreu durante um período no qual o Governo Militar se encontrava pressionado pelos altos números de acidentes de trabalho. O Brasil ostentava o triste título de campeão mundial de acidentes de trabalho, e a situação era desconfortável ao governo, que temia que a insatisfação popular com o tema tomasse maiores proporções. Ademais, organismos internacionais, como a Organização Internacional do Trabalho

Porém devido ao fato de o assunto não ter mais a importância que gozava outrora, o legislador brasileiro em quase a totalidade dos casos, deixou de atualizá-los.

Some-se a isso que atualmente, a alteração das NR's não é mais de iniciativa exclusiva do Poder Executivo. Hoje em dia, toda decisão sobre a alteração das NR's também leva em conta as opiniões de trabalhadores e empregadores, por meio da comissão tripartite.

Barros Junior (2013, p. 65) destaca que o tripartismo para a elaboração de NR's surgiu inicialmente em 1994 no processo de reforma da NR 18, que trata das "Condições e Meio Ambiente do Trabalho na Indústria da Construção", culminando com a edição das alterações no ano de 1995.

Ou seja, se os representantes de empregadores e empregados entenderem que

alguns limites não devem ser alterados, apesar de as pesquisas científicas demonstrarem que essa não é a opção mais segura para os trabalhadores, ainda assim, a NR não será alterada. No entanto, Barros Junior (2013, p. 161) acredita que o procedimento de edição da norma por um sistema tripartite tem suas vantagens, pois, embora mais lento, envolve maior comprometimento dos atores no seu cumprimento, gerando um ganho de conformidade, de obediência à regra.

Spindler (2013, p. 50), a seu turno, critica o tripartismo, pregando que “a construção de um sistema a partir do consenso, ao invés de acompanhar os avanços tecnológicos, pode levar ao conservadorismo”. A autora explica que embora a Portaria nº 1.127/03 do Ministério do Trabalho e Emprego, que “estabelece procedimentos para a elaboração de normas regulamentares relacionadas à saúde, segurança e condições gerais de trabalho”, preveja um prazo máximo de 450 dias para a conclusão de uma revisão normativa, na prática, esse prazo costuma ser dilatado. Ela cita, por exemplo, o caso da edição da NR 36, cujo início do processo normativo ocorreu em 2004 e a edição da norma só se operou efetivamente em 2013.

Para a aferição dos limites de exposição previstos na NR 15, certos procedimentos técnicos devem ser observados. Tais parâmetros se encontram nas Normas de Higiene Ocupacional (NHO's), editadas pela Fundacentro— Fundação Jorge Duprat Figueiredo de Segurança e Medicina do Trabalho. Até hoje foram editadas 11 NHO's, que disciplinam os critérios de avaliação de riscos ocupacionais, ou seja, os procedimentos das análises quantitativas dos riscos previstos na NR 15.

LIMITES DE EXPOSIÇÃO A AGENTES INSALUBRES

O Brasil define o limite de tolerância

no item 15.1.5 da NR 15. A norma está assim disposta: “Entende-se por ‘Limite de Tolerância’, para os fins desta Norma, a concentração ou intensidade máxima ou mínima, relacionada com a natureza e o tempo de exposição ao agente, que não causará dano à saúde do trabalhador, durante a sua vida laboral.”

Ora, pela definição normativa não existiria risco ao trabalhador na hipótese de não ser ultrapassado o limite. No entanto, sabe-se que no mundo real não é assim que ocorre. Existem trabalhadores que são mais suscetíveis do que outros e existem estudos que não podem ser entendidos como definitivos.

Não é por outra razão que a ACGIH utiliza outro termo. A ACGIH utiliza o termo “limite de exposição ocupacional”.

Aliás, a ACGIH publica periodicamente a lista com os valores limites de exposição ocupacional a substâncias químicas (TLV-CS - *Threshold Limit Values for Chemical Substances*). A lista mais recente, que teve atualizações inclusive no ano de 2020, não está restrita a agentes químicos, albergando ainda agentes físicos. Estão listados mais de 700 agentes entre químicos e físicos. Os agentes biológicos estão em outra lista (BEI – *Biological Exposure Indices*) e totalizam mais de 50.

Note-se que já em 1942, a ACGIH, ao publicar a lista, advertia que: “Os valores das tabelas não devem ser considerados como concentrações seguras recomendadas.”

Por isso mesmo que Arcuri e Cardoso (1991, p. 102) explicam que os limites de exposição não devem ser indicados como níveis seguros de exposição para os trabalhadores

Ora, os limites de exposição não

são definitivos, refletindo o conhecimento científico de determinado tempo.

Ademais, existem fortes interesses econômicos na fixação dos limites. Ou seja, esses limites podem não estar refletindo sequer o conhecimento científico de determinado tempo, mas podem estar completamente deturpados.

Note-se que a NR 15 disciplina os limites de exposição e a NR 9 prevê, atualmente, em seu item 9.3.5.1 “c”, que ultrapassado o limite de exposição, é dever da empresa adotar as medidas necessárias suficientes para a eliminação, a minimização ou o controle dos riscos ambientais. No caso de agentes químicos e ruídos, o item 9.3.6 da redação atual da NR 9 prevê que ultrapassada a metade do limite de exposição previsto na NR 15, configura-se o nível de ação (item da NR 9), situação na qual devem ser iniciadas ações preventivas de forma a minimizar a probabilidade de que as exposições a agentes ambientais ultrapassem os limites de exposição. Na mesma toada está o item 9.6.1.1 da nova redação da NR 9.

APLICAÇÃO DA NORMA NORTE-AMERICANA NO BRASIL

A ACGIH não é uma agência reguladora governamental, como, por exemplo, a OSHA (*Occupational Safety and Health Administration*), a Agência Norte-Americana de Saúde e Segurança do Trabalho.

Desse modo, ao menos em tese, ela não teria competência de editar normas aplicáveis a não associados.

Afinal, trata-se de uma entidade não governamental de pesquisa, que publica estudos científicos, sendo os mais célebres deles o TLV e o BEI, com os limites de exposição ocupacionais a agentes químicos, físicos e biológicos.

Porém, de acordo com o item 9.3.5.1 “c” da atual redação da NR 9, assim como pelo item 9.6.1.1 da nova redação da NR 9, a observância dos limites de exposição ocupacionais editados pela ACGIH vincula o empregador brasileiro.

Ou seja, o TLV e o BEI, por meio da NR 9, alavancaram-se à estatura de normas no direito brasileiro.

Baptista (1999, p. 269) explica que a aplicação do direito estrangeiro no país poderia configurar, aos olhos de alguns, como uma brecha da soberania, mas isso não passaria de aparência. Afinal, nesse caso específico, foi o próprio Estado Brasileiro, no gozo pleno de sua soberania, que optou por utilizar uma norma alienígena.

Trata-se, portanto, de caso extremamente raro, no qual o legislador pátrio confere a uma entidade não governamental estrangeira a produção de normas jurídicas com validade no território brasileiro para disciplinar relações jurídicas entre brasileiros. No caso, são reguladas relações entre empregadores e empregados brasileiros e ainda entre o Estado Brasileiro e os empregadores brasileiros, na condição de administrados, uma vez que podem ser lavrados autos de infração por desrespeito aos limites impostos pela ACGIH.

Assim, entendemos que tanto o item 9.3.5.1 “c” da atual redação da NR 9, bem como o item 9.6.1.1 da nova redação, são verdadeiras fontes de direito, caracterizando-se como regras especiais no Direito Brasileiro. Nesse caso, a menção à utilização da norma produzida pela associação estrangeira é clara, específica e direta.

Aliás, a única regra prevista na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) que entendemos aplicável ao presente caso é o art. 17. Isso porque ele prescreve que: “As leis, atos e sentenças de

outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.” E a adoção dos limites de exposição da ACGIH (norma estrangeira), conforme previsão da NR 9, é medida que respeita a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes, eis que estão em consonância com os mais recentes estudos sobre proteção de saúde do trabalhador, preservando a dignidade da pessoa humana.

Assim, poder-se-ia imaginar que, por meio das disposições da NR 9, a regra estrangeira estaria internalizada ao direito brasileiro.

No entanto, esse mesmo fenômeno poderia ser explicado também como regra de integração, na qual a lacuna jurídica brasileira seria colmatada pela norma da associação norte-americana. Assim, seria uma regra de integração.

9 e do item 9.6.1.1 da nova redação da NR 9 não existe conflito algum, eis que a norma brasileira é clara ao indicar que, nos casos de omissão da NR 15, devem ser observados os parâmetros estabelecidos pela associação estrangeira. Além disso, essas normas não versam apenas sobre o Direito Privado, regulando as relações entre empregados e empregadores, mas também tem um caráter público, eis que estabelecem regras de Direito Administrativo Sancionador, uma vez que o empregador pode ser autuado pelo Estado Brasileiro. Cabe ainda destacar que não é uníssona na doutrina a possibilidade de utilização do Direito Internacional Privado para casos envolvendo Direito Público, como é o caso do Direito Administrativo, como bem acentua Rechsteiner (2011, p. 73).

Quanto à eficácia temporal da norma, parece não existir uma regra clara aplicável ao caso na LINDB. Assim, poder-se-ia imaginar que uma vez publicados nos Estados Unidos os limites de exposição

“Ou seja, o TLV e o BEI, por meio da NR 9, alavancaram-se à estatura de normas no direito brasileiro.”

Contudo, acreditamos que partindo de um método ou de outro, o resultado prático deve ser o mesmo: a aplicação dos limites impostos pela ACGIH, eis que mais benéficos à proteção da saúde dos trabalhadores.

Note-se ainda que não se trata de caso clássico de aplicação do Direito Internacional Privado, eis que a norma não foi produzida por outro Estado, mas por uma associação estrangeira. Ademais, como ensina Strenger (1973, p. 35), não existe o objeto do Direito Internacional Privado, eis que o objeto do Direito Internacional Privado é indicar qual a norma que deve ser utilizada no caso de conflito entre normas de diferentes ordenamentos, e nos casos do item 9.3.5.1 “c” da atual redação da NR

ocupacional pela ACGIH, tais normas seriam válidas no território brasileiro, e passariam a produzir efeitos, no Brasil, em 45 dias, aplicando-se a regra geral de *vacatio legis*, prevista no art. 1º da LINDB.

Isso porque o § 1º do mesmo artigo somente prevê a hipótese de aplicação do direito brasileiro no território estrangeiro, no qual a *vacatio legis* seria de 3 meses. No entanto, a LINDB não prevê a hipótese de aplicação do direito estrangeiro no território brasileiro, nem qual seria a *vacatio legis*.

ESTADO DA ARTE E A DESATUALIZAÇÃO DA NR 15

A NR 15 foi editada em 1978. Os limites de tolerância lá descritos foram retirados dos estudos da ACGIH de 1977, como explicam os próprios autores da NR 15: Soto, Saad, Giampaoli e Fantazzini (2010, p. 7). Eles também comentam que apesar de a ACGIH já estabelecer em 1978 limites de exposição ocupacional para cerca de 500 substâncias, optaram por regular de forma expressa limites de tolerância para apenas 150 substâncias, pois eram aquelas que seriam passíveis de análise pelos laboratórios brasileiros na época, uma vez que podiam ser avaliados por meio de tubos colorimétricos das marcas disponíveis para importação no Brasil.

Desde então, a ACGIH atualiza os limites anualmente, em virtude do aprofundamento do conhecimento científico, da evolução do estado da arte, sendo que alguns limites foram aumentados em mais de cem vezes. Conforme noticiam Beltrame, Eston, Iramina, Chierigati e Tachibana (2010, p. 622), entre 1996 e 2008 a ACGIH alterou cerca de 160 limites de exposição ocupacional.

No entanto, até 2010, apenas duas substâncias haviam tido seus limites alterados no Anexo 11 da NR 15: o benzeno e o negro de fumo (SOTO; SAAD; GIAMPAOLI; FANTAZZINI, 2010, p. 14).

Ou seja, para as substâncias insalubres não constantes da Norma Regulamentadora nº 15, o Brasil utiliza os limites mais modernos da ACGIH. Porém, para as substâncias constantes da NR 15, o Brasil utiliza os limites de exposição da própria NR 15.

Em outras palavras, para as substâncias insalubres mais utilizadas pela indústria, que são aquelas constantes na NR 15, o Brasil recorre a um limite de exposição ultrapassado, estipulado pela ACGIH em 1977, com raríssimas exceções. Entretanto,

para os agentes de menor incidência, ou seja, aqueles que não constam da NR 15, o Brasil emprega o limite de exposição mais moderno, atualizado pela ACGIH até o ano de 2020.

Soto, Saad, Giampaoli e Fantazzini (2010, p. 15) explicam que, no ano de 2010, para 52% das substâncias o limite de tolerância da NR 15 era superior ao limite de exposição ocupacional da ACGIH, fato prejudicial à saúde do trabalhador brasileiro. Em 46%, os limites eram iguais. E, apenas, em 2% dos casos, os limites de tolerância brasileiros eram inferiores aos limites de exposição ocupacional da ACGIH.

Por exemplo, o cloreto de vinila, substância utilizada no processo de polimerização para a produção de cloreto de polivinila (PVC). A NR 15 prevê limite de exposição de 156 partes por milhão (ppm). A ACGIH prevê, a seu turno, limite de exposição de 1 ppm para esse agente, que também é classificado como carcinogênico humano, causando especialmente câncer de fígado, conforme listagem da Agência Internacional de Pesquisa em Câncer (IARC – *International Agency for Research on Cancer*).



Outrossim, a própria estipulação de um limite de tolerância para substâncias carcinogênicas é alvo de questionamento entre os pesquisadores. Não é por outra razão que Pinto e Silva (2004, p. 6) indagam: “Afim, é aceitável que um agente cancerígeno tenha limite de tolerância?”

Cumprе salientar que existem críticas para os próprios padrões utilizados em 1977 pela ACGIH, eis que, conforme noticia Spindler (2013, p. 57), estudos concluíram que “os limites recomendados por esta associação, antes de 1990, partiram de experiências de empresários, não estando puramente fundamentados em considerações de saúde.”

Destaque-se que o processo de alteração de uma NR deveria ser simples, porém não o é. Bastaria que o Ministro responsável pelas questões trabalhistas (atualmente Ministro da Economia) editasse uma portaria seguindo os parâmetros das pesquisas científicas nacionais e internacionais sobre o tema. Não é demais lembrar que o corpo técnico do próprio Ministério possui profissionais aptos a realizar esse levantamento de dados. Além disso, o Ministério poderia contar com o apoio dos profissionais da Fundacentro, órgão responsável por auxiliar o Ministério em questões de saúde e segurança do trabalho. No entanto, a morosidade do procedimento tripartite e os interesses econômicos do empresariado são fatores fulcrais para a manutenção do *status quo*.

Silva (2017, p. 8) bem observa que o governo Temer, por meio da Reforma Trabalhista, perdeu a oportunidade de fazer uma séria melhoria das condições de saúde e segurança do trabalho. Isso porque essa reforma não contemplou o capítulo de saúde e segurança do trabalho, fato que “leva a pôr em dúvida se a reforma de 2017 tinha mesmo o propósito de melhorar as condições de trabalho

ou se camuflava, apenas, a redução de custos operacionais”. O professor salienta que alguns de seus dispositivos eram os que mais careciam de uma revisão, eis que os avanços científicos imprimiam a necessidade de revisão dos limites de tolerância e do redimensionamento de alguns graus de exposição a agentes físicos, químicos e biológicos.

Apesar da chance perdida em 2017, a revisão das NR’s iniciada pelo governo Bolsonaro em 2019 parecia ser uma ótima oportunidade para a adoção expressa dos limites de exposição ocupacional da ACGIH para todas as substâncias. No entanto, a regra de transição mencionada na nova redação da NR 9 prosseguiu com a mesma problemática.

Nesse sentido, sugerimos *de lege ferenda* que o legislador pátrio inclua de forma expressa nos novos anexos da NR 9, bem como nos anexos da NR 15, que os limites de exposição ocupacional editados pela ACGIH sejam observados para todas as substâncias.

DESATUALIZAÇÃO DA NR 15 E AS NORMAS INTERNACIONAIS SOBRE SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHO

Conforme visto anteriormente a desatualização da NR 15 prejudica os trabalhadores. Tal situação ainda afronta os princípios internacionais de saúde e segurança ocupacional.

Desse modo, entendemos que os limites de exposição da ACGIH deveriam ser utilizados não apenas nos casos de omissão da NR 15, mas em todas as hipóteses. Tal entendimento, acreditamos que seja o mais consentâneo com as normas sobre saúde e segurança ocupacionais, conforme passamos a discorrer a seguir.

O trabalho decente é um dos pilares do Direito do Trabalho para a OIT. E, como bem acentuam Jorge Neto e Cavalcante (2017, p. 101), “trabalho decente é o trabalho produtivo e adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade, e segurança, sem quaisquer formas de discriminação, e capaz de assegurar uma vida digna a todas as pessoas que vivem do seu trabalho.”

Assim, resta claro que a utilização de padrões ultrapassados tecnologicamente, como são diversos daqueles inscritos na NR 15, não respeitam o princípio do trabalho decente.

Portanto, não existe motivo para a utilização dos limites de tolerância da NR 15.

Sendo assim, com fulcro no princípio do trabalho decente, bandeira da OIT, defendemos, que os limites de exposição ocupacional da ACGIH devem ser observados em todos os casos, indistintamente, ou seja, havendo ou não omissão da NR 15, eis que tal posição é a mais acertada e mais consentânea com a defesa dos direitos dos trabalhadores.



Brito Filho (2006, p. 128) descreve expressamente que o trabalho decente passa pela preservação da saúde e da segurança do trabalhador.

Algumas convenções da OIT também especificam a preocupação com a exposição a agentes insalubres e com a necessidade de observância dos padrões mais elevados e modernos de proteção da saúde do trabalhador.

A Convenção nº 120 da OIT sobre “Higiene no Comércio e nos Escritórios” prescreve em seu art. 17 que:

Os trabalhadores devem ser protegidos por meio de medidas adequadas e viáveis contra substâncias e processos incômodos, insalubres, tóxicos ou perigosos, seja qual for a sua origem. Quando a natureza do trabalho o exigir, a autoridade competente deve prescrever a utilização de dispositivos de proteção individual (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1964).

Por sua vez, a Convenção nº 136 da OIT, que versa sobre “Proteção contra os Riscos de Intoxicação Provocados pelo Benzeno”, disciplina em seu art. 5º que: “Deverão ser adotadas medidas de prevenção técnica e de higiene do trabalho, a fim de assegurar proteção eficaz dos trabalhadores expostos ao benzeno ou a produtos contendo benzeno.” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1971)

A seu turno, a Convenção nº 139 da OIT, que disciplina a “Prevenção e Controle de Riscos Profissionais Causados pelas Substâncias ou Agentes Cancerígenos”, prevê em seu art. 1º, parágrafo 1º, que:

Todo Membro que ratifique a presente Convenção deverá determinar periodicamente as substâncias e agentes cancerígenos aos quais estará proibida a exposição no trabalho, ou sujeita a autorização ou controle, e aqueles a que se devam aplicar outras disposições da presente

Convenção.(ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1974)

E o § 3º do mesmo artigo menciona que para a determinação das substâncias e agentes a que se refere o § 1º, deverão ser levados em consideração os dados mais recentes contidos nos repertórios de recomendações práticas ou guias da Secretaria Internacional do Trabalho, assim como de informações provenientes de outros organismos competentes. Ou seja, interpretando-se a Convenção nº 139 da OIT resta claro que, para a determinação dos limites de exposição a agentes cancerígenos, devem ser utilizados os padrões mais elevados do conhecimento científico de um dado momento histórico.

No mesmo sentido está a Convenção nº 148 da OIT, que versa sobre “Proteção dos Trabalhadores Contra os Riscos Profissionais Devidos à Contaminação do Ar, ao Ruído e às Vibrações no Local de Trabalho”, que prevê em seu art. 4º, § 1º, que a “legislação nacional deverá dispor sobre a adoção de medidas no local de trabalho para prevenir e limitar os riscos profissionais devidos à contaminação do ar, ao ruído e às vibrações, e para proteger os trabalhadores contra tais riscos”, sendo que o § 2º menciona que “para a aplicação prática das medidas assim prescritas poder-se-á recorrer à adoção de normas técnicas, repertórios de recomendações práticas e outros meios apropriados.” Ou seja, devem ser observados os mais modernos padrões de proteção conhecidos no mundo científico.

A Convenção nº 162 da OIT, que trata da “Utilização do Asbesto/Amianto com Segurança”, segue a mesma linha, eis que prevê em seu art. 3º, § 1º, que: “A legislação nacional deve prescrever as medidas a serem tomadas para prevenir e controlar os riscos, para a saúde, oriundos da exposição profissional ao amianto, bem como para proteger os trabalhadores contra tais riscos.” E o seu § 2º menciona que as

medidas de controle devem ser submetidas à revisão periódica, “à luz do desenvolvimento técnico e do aumento do conhecimento científico” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1986).

Por sua vez, a Convenção nº 167 da OIT, que cuida da “Segurança e Saúde na Construção”, prescreve em seu art. 28, § 1º, que: “Quando um trabalhador possa estar exposto a qualquer risco químico, físico, ou biológico, em grau que possa resultar perigo para sua saúde, deverão ser tomadas medidas apropriadas de prevenção à exposição.” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1988)

O art. 12 da Convenção nº 170 da OIT, que trata da “Segurança na Utilização de Produtos Químicos no Trabalho”, prescreve que:

Os empregadores deverão: a) se assegurar de que seus trabalhadores não fiquem expostos a produtos químicos acima dos limites de exposição ou de outros critérios de exposição para a avaliação e o controle do meio ambiente de trabalho estabelecidos pela autoridade competente ou por um organismo aprovado ou reconhecido pela autoridade competente, em conformidade com as normas nacionais ou internacionais. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1990)

Ou seja, esse artigo reforça a validade de utilização de uma norma emitida por um organismo reconhecido internacionalmente na comunidade científica, como é o caso da ACGIH.

Por fim, a Convenção nº 176 da OIT, que trata da “Segurança e Saúde nas Minas”, prevê em seu art. 6º que:

Ao adotar as medidas de prevenção e proteção previstas nessa parte da Convenção, o empregador deverá avaliar os riscos e tratá-los na seguinte ordem de prioridade: (a) eliminar os riscos; (b) controlar os riscos

em sua fonte; (c) reduzir os riscos ao mínimo mediante medidas que incluam a elaboração de métodos de trabalho seguros; (d) enquanto perdure a situação de risco, prever a utilização de equipamentos de proteção pessoal, levando em consideração o que seja razoável, praticável e factível e o que esteja em consonância com a prática e o exercício da devida diligência. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1995)

Resumindo, as diversas convenções da OIT convergem para o princípio da proteção integral da saúde do trabalhador, sendo que os parâmetros dessa proteção devem estar sempre alinhados aos mais recentes estudos científicos sobre cada tema.

No âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), a proteção do meio ambiente do trabalho também tem guarida, especialmente nos arts. 7º, “b” e 12.2, “b”, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que é um pacto adicional e facultativo à Declaração Universal dos Direitos Humanos. Tal pacto foi internalizado no direito pátrio, por meio do Decreto nº 591/92.

No âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), a proteção do meio ambiente do trabalho também goza de destaque, como pode ser visto nos arts. 7º, “e” do Protocolo Adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também conhecido como Protocolo de San Salvador, que é um protocolo adicional e facultativo à Declaração Americana Sobre Direitos Humanos. Tal protocolo foi internalizado no direito pátrio, por meio do Decreto nº 3.321/99.

Stürmer (2015, p. 62) destaca que as condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho, descritas no Protocolo de San Salvador, passam sempre pelo respeito à segurança e higiene do trabalho.

No âmbito do Mercosul, a situação não é distinta, o meio ambiente do trabalho é defendido na “Declaração Sociolaboral do Mercosul de 2015”, com destaque aos arts. 2º, que trata especificamente do “Trabalho Decente”, e 25, que cuida da “Saúde e Segurança no Trabalho”.

Segundo o professor uruguaio Castello (2017, p. 68), a “Declaração Sociolaboral do Mercosul de 2015” é o resultado de um extenso processo de revisão da “Declaração Sociolaboral do Mercosul de 1998”, que, além de reafirmar direitos, liberdades princípios e compromissos da carta anterior, incorpora novos direitos fundamentais e objetivos sociais e laborais, colocando o trabalho decente e o trabalho digno no centro das políticas dos Estados Membros.

Aliás, o art. 25.9 da referida Declaração vem ao encontro de tudo o que defendemos, pois está assim disposto: “O sistema de saúde e segurança deverá criar controles adequados de substâncias, procedimentos e tecnologias que, em base à evidência científica, possam produzir efeitos graves sobre a saúde dos trabalhadores.” (MERCOSUL, 2015)

Em outras palavras, uma Norma Regulamentadora que não segue os estudos internacionais sobre limites de exposição ocupacional viola frontalmente o artigo 25.9 da “Declaração Sociolaboral do Mercosul de 2015”, eis que o Estado Brasileiro e os empregadores brasileiros deixam de controlar adequadamente as substâncias, os procedimentos e as tecnologias que, em base à evidência científica, produzem graves efeitos sobre a saúde dos trabalhadores.

Desse modo, a aplicação dos limites de exposição ocupacional da ACGIH em todos os casos, indistintamente, ou seja, havendo ou não omissão da NR 15, é medida que atende aos preceitos do artigo 25.9 da “Declaração Sociolaboral do Mercosul de 2015”.

Não é plausível que o Brasil

aplique um limite de tolerância que seja cientificamente comprovado como causador de câncer ao trabalhador apenas por inércia legislativa. Evidente que tal conduta ofende as convenções internacionais de direitos humanos.

Portanto, a utilização dos limites de exposição ocupacional da ACGIH para todos os casos é medida que encontra eco no Direito Internacional do Trabalho, especialmente porque o acompanhamento dos estudos científicos de determinado tempo mostra-se na medida mais acertada na prevenção de riscos.

CONCLUSÃO

O item 9.3.5.1 “c” da antiga redação da NR 9 bem como o item 9.6.1.1 da nova redação da NR 9 preveem a utilização dos padrões da ACGIH para limites de exposição a agentes insalubres, quando houver omissão na Norma Regulamentadora 15.

Trata-se de um tipo de norma extremamente raro no Direito Brasileiro, uma vez que remete a uma associação estrangeira disciplinar relações entre brasileiros no território brasileiro.

Por um lado, esses limites disciplinam a relação trabalhista, entre empregado e empregador. De outro, esses mesmos limites regulam uma relação de Direito Administrativo, entre o Estado Brasileiro e os empregadores, na condição de administrados, eis que o descumprimento dessas regras enseja a lavratura de auto de infração trabalhista.

Apesar de o item 9.3.5.1 “c” da atual redação da NR 9 e o item 9.6.1.1 da nova redação da NR 9 preverem a utilização dos limites da ACGIH somente nos casos de omissão da NR 15, entendemos que os valores de exposição a agentes insalubres

da ACGIH deveriam ser utilizados em todos os casos, eis que decorrem de estudos mais recentes, representando, de fato, o estado da arte e estão em sintonia com as normas internacionais sobre o tema.

O fato é que os limites de exposição ocupacional mencionados na NR 15 estão em descompasso com as pesquisas de vanguarda, sendo que, em diversos casos, os limites dispostos pelo legislador brasileiro em 1978 não sofreram qualquer alteração, apesar de a ciência demonstrar o contrário. Ademais, o processo de atualização das NR’s, por meio das comissões tripartites, é extremamente moroso, sofrendo forte influência de *lobby* empresarial para a manutenção do *status quo*.

Desse modo, a utilização dos padrões da ACGIH, indistintamente, protege de forma mais efetiva a saúde dos trabalhadores, estando de acordo com as normas internacionais sobre o tema, especialmente, o conceito de trabalho decente, tão caro à OIT, as convenções nº 120, 136, 139, 148, 162, 167, 170 e 176 da OIT, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, o Protocolo Adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador) da OEA e a Declaração Sociolaboral do Mercosul de 2015.

Apesar de já entendermos aplicáveis para todos os casos, sugerimos também *de lege ferenda* que o legislador pátrio inclua de forma expressa nos novos anexos da NR 9, bem como nos anexos da NR 15, que os limites de exposição ocupacional editados pela ACGIH sejam observados para todas as substâncias, de forma a pacificar a questão.

REFERÊNCIAS

ARCURI, Arline Sydneia Abel;
CARDOSO, Luíza Maria Nunes. Limite de

Tolerância? **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, v. 19, n. 74, p. 99-106, 1991.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Aplicação do direito estrangeiro pelo juiz brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 36, n. 142, p. 267/278, 1999.

BARROS JUNIOR, Juarez Correia. **O tripartismo e a regulamentação da segurança e saúde no trabalho no Brasil: o caso da indústria da construção**. 264 f. Dissertação (Mestrado em Trabalho, Saúde e Ambiente) – Fundacentro, São Paulo, 2013.

BRASIL, Comissão Tripartite Paritária Permanente (CTPP). NR-9 - PROGRAMA DE PREVENÇÃO DE RISCOS AMBIENTAIS. **Inspeção do trabalho**. 2019. Disponível em: https://sit.trabalho.gov.br/portal/images/SST/SST_normas_regulamentadoras/NR-09-atualizada-2019.pdf. Acesso em: 16 nov. 2020.

BRASIL. Portaria nº 6.735 de 12 de março de 2020. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Secretário Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, Brasília, DF, 12 mar. 2020, Seção 1, p. 20. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-6.735-de-10-de-marco-de-2020-247539132>. Acesso em: 18 nov. 2020.

BELTRAME, André Lomonaco; ESTON, Sérgio Médiçi de; IRAMINA, Wilson Siguemasa; CHIEREGATI, Ana Carolina; TACHIBANA, Ivan Koh. Efeitos da alteração do limite de exposição ocupacional à sílica cristalina no processo de seleção de respiradores. **Revista Escola de Minas**, v. 63, n. 4, p. 621-625, 2010.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Trabalho com redução à condição análoga à de escravo: análise a partir do tratamento decente e de seu fundamento, a dignidade da pessoa humana. In: VELLOSO, Gabriel;

FAVA, Marcos Neves (Org.). **Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação**. São Paulo: LTr, 2006.

CASTELLO, Alejandro. O princípio de recepção de trabalho decente na Declaração do MERCOSUL Social e do Trabalho (2015). In: CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; VILLATORE, Marco Antônio César (Org.). **Direito internacional do trabalho e a Organização Internacional do Trabalho: trabalho decente**. São Paulo: LTr, 2017.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. O trabalho decente e aspectos da discriminação salarial por gênero e racial na América Latina. In: CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; VILLATORE, Marco Antônio César (Org.). **Direito internacional do trabalho e a Organização Internacional do Trabalho: trabalho decente**. São Paulo: LTr, 2017.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual esquemático de direito e processo do trabalho**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MERCADO COMUM DO SUL. **Declaração Sociolaboral do MERCOSUL**. 2015. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/a_pdf/dec_sociolaboral_mercosul.pdf. Acesso em: 17 nov. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção C120 - Higiene no Comércio e nos Escritórios. **OIT**, 1964. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235570/lang--pt/index.htm. Acesso em: 16 nov. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. C136 - Proteção Contra os Riscos da Intoxicação pelo Benzeno. **OIT**, 1971. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235870/lang--pt/index.htm. Acesso em: 16 nov. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO C139 - Prevenção e Controle de Riscos Profissionais Causados por Substâncias ou Agentes Cancerígenos. **OIT**, 1974. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235873/lang--pt/index.htm. Acesso em: 16 nov. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. C162 - Utilização do Amianto com Segurança. **OIT**, 1986. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236241/lang--pt/index.htm. Acesso em: 16 nov. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. C167 - Convenção sobre a Segurança e Saúde na Construção. **OIT**, 1988. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236245/lang--pt/index.htm. Acesso em: 16 nov. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. C170 - Convenio sobre los productos químicos. **OIT**, 1990. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C170. Acesso em: 16 nov. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. C176 - Convenção sobre segurança e saúde nas minas, 1995. **OIT**, 1995. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236694/lang--pt/index.htm. Acesso em: 16 nov. 2020.

PINTO, Teresa Cristina Nathan Outeiro; SILVA, Maria Cristina Espósito Silvério Percinio da. Analisando os Limites de Tolerância brasileiros. In: II Congresso Nacional de Excelência em Gestão, 2004, Rio de Janeiro. **Anais do II Congresso Nacional de Excelência em Gestão**. Rio de Janeiro: Inovarse, 2004. Disponível em: <http://www.inovarse.org/filebrowser/download/9051>. Acesso em: 02 jul. 2019.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado**: teoria e prática. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SOTO, José Manuel O. Gana; SAAD, Irene F. Souza Duarte; GIAMPAOLI, Eduardo; FANTAZZINI, Mário Luiz. Norma Regulamentadora (NR)-15, da Portaria n. 3.214, de 8.6. 1978 do Ministério do Trabalho (atual Ministério do Trabalho e Emprego): um pouco da sua história e considerações do grupo que a elaborou. **Revista ABHO**, v. 9, n. 21, p. 6-17, 2010.

SPINDLER, Márcia Fantinel. **O regime regulatório brasileiro de segurança e saúde no trabalho e a gestão dos riscos ocupacionais**: discussão sobre o panorama atual. 145 f. Dissertação (Mestrado em Trabalho, Saúde e Ambiente) – Fundacentro, São Paulo, 2013.

STRENGER, Irineu. **Teoria geral do direito internacional privado**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1973.

STÜRMER, Gilberto. O direito do trabalho e o direito ao trabalho no Brasil e o Protocolo de San Salvador. In: CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; VILLATORE, Marco Antônio César; WINTER, Luís Alexandre Carta; GUNTHER, Luiz Eduardo (Org.). **Direito internacional do trabalho e a Organização Internacional do Trabalho**: um debate atual. São Paulo: Atlas, 2015.

VELOSO, Gláucia Nascimento de Souza. **Trabalhadores no governo ditatorial**: legislações em saúde, higiene e segurança. 91 f. Dissertação (Mestrado em Trabalho, Saúde e Ambiente) – Fundacentro, São Paulo, 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO C139 - Prevenção e Controle de Riscos Profissionais Causados por Substâncias ou Agentes Cancerígenos. **OIT**, 1974. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235873/lang--pt/index.htm. Acesso em: 16 nov. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. C162 - Utilização do Amianto com Segurança. **OIT**, 1986. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236241/lang--pt/index.htm. Acesso em: 16 nov. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. C167 - Convenção sobre a Segurança e Saúde na Construção. **OIT**, 1988. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236245/lang--pt/index.htm. Acesso em: 16 nov. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. C170 - Convenio sobre los productos químicos. **OIT**, 1990. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C170. Acesso em: 16 nov. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. C176 - Convenção sobre segurança e saúde nas minas, 1995. **OIT**, 1995. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236694/lang--pt/index.htm. Acesso em: 16 nov. 2020.

PINTO, Teresa Cristina Nathan Outeiro; SILVA, Maria Cristina Espósito Silvério Percinio da. Analisando os Limites de Tolerância brasileiros. In: II Congresso Nacional de Excelência em Gestão, 2004, Rio de Janeiro. **Anais do II Congresso Nacional de Excelência em Gestão**. Rio de Janeiro: Inovarse, 2004. Disponível em: <http://www.inovarse.org/filebrowser/download/9051>. Acesso em: 02 jul. 2019.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado**: teoria e prática. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SOTO, José Manuel O. Gana; SAAD, Irene F. Souza Duarte; GIAMPAOLI, Eduardo; FANTAZZINI, Mário Luiz. Norma Regulamentadora (NR)-15, da Portaria n. 3.214, de 8.6. 1978 do Ministério do Trabalho (atual Ministério do Trabalho e Emprego): um pouco da sua história e considerações do grupo que a elaborou. **Revista ABHO**, v. 9, n. 21, p. 6-17, 2010.

SPINDLER, Márcia Fantinel. **O regime regulatório brasileiro de segurança e saúde no trabalho e a gestão dos riscos ocupacionais**: discussão sobre o panorama atual. 145 f. Dissertação (Mestrado em Trabalho, Saúde e Ambiente) – Fundacentro, São Paulo, 2013.

STRENGER, Irineu. **Teoria geral do direito internacional privado**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1973.

STÜRMER, Gilberto. O direito do trabalho e o direito ao trabalho no Brasil e o Protocolo de San Salvador. In: CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; VILLATORE, Marco Antônio César; WINTER, Luís Alexandre Carta; GUNTHER, Luiz Eduardo (Org.). **Direito internacional do trabalho e a Organização Internacional do Trabalho**: um debate atual. São Paulo: Atlas, 2015.

VELOSO, Gláucia Nascimento de Souza. **Trabalhadores no governo ditatorial**: legislações em saúde, higiene e segurança. 91 f. Dissertação (Mestrado em Trabalho, Saúde e Ambiente) – Fundacentro, São Paulo, 2017.



O CONCEITO CONTEMPORÂNEO DE TRABALHO ANÁLOGO À ESCRAVIDÃO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE E COMISSÃO INTERAMERICANAS DE DIREITOS HUMANOS

Igor Sousa Gonçalves¹

Resumo

O conceito contemporâneo de trabalho análogo à escravidão compreende o labor exercido na contramão da agenda para o trabalho decente, em que há grave violação da dignidade da pessoa trabalhadora. Neste artigo, demonstrar-se-á a evolução da jurisprudência da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto ao conceito de escravidão contemporânea, ressaltando a impossibilidade de esvaziamento do mesmo, sobretudo pela via infralegal.

Palavras-Chave: Trabalho escravo. Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Caso Fazenda Brasil Verde. Caso José Pereira.

Introdução

Os sistemas global e regional são marcados pela complementariedade, cabendo ao indivíduo que sofreu violação de direito escolher o aparato mais favorável, quando tutelado por dois ou mais instrumentos de alcance global ou regional,

1 Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Bolsista CNPQ. Pesquisador vinculado ao Programa RECAJ – Ensino, Pesquisa e Extensão – UFMG.

ou, ainda, de alcance geral ou especial (PIOVESAN, 2013, p. 243).

Nesse sentido, é destacada a atuação regional do Sistema Interamericano de Direitos Humanos cuja estrutura normativa é composta pela Carta da OEA de 1948 (Carta de Bogotá), Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948 (DADH), Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica/ CADH) e seu Protocolo Adicional (São Salvador).

Quanto aos mecanismos de controle existente nesse sistema, o primeiro órgão criado foi a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH), em 1959, na Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA). A Comissão representa todos os países integrantes da OEA, atua como órgão consultivo, mas também recebe denúncias e realiza visitas "*in loco*", atuação que tem acentuada importância ainda nos dias atuais, como na visita realizada no Brasil no ano de 2018 (COMISSÃO IDH, 2018). Ainda, cabe à Comissão examinar as

comunicações que contenham denúncia de violação a direito consagrado pela Convenção Americana de Direitos Humanos (PIOVESAN, 2013, p. 346) remetidas por um indivíduo, por grupos de indivíduos ou ainda por entidade não governamental. A Comissão IDH, então, encaminha essas comunicações à Corte Interamericana de Direitos Humanos, na hipótese de admissibilidade da denúncia ou quando frustrada a solução amistosa da controvérsia.

Já a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) foi instituída pelo Pacto de São José da Costa Rica e a sua jurisdição reconhecida pelo Brasil em 1998, com a reserva de que seu alcance ficasse restrito aos fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998. A Corte IDH somente recebe petições de Estados membros ou da própria Comissão IDH, atuando neste caso como substituta processual do denunciante. Suas decisões da têm força jurídica vinculante e obrigatória, cabendo ao Estado seu imediato cumprimento (PIOVESAN, 2013, p. 355).

O objetivo deste artigo é identificar os principais casos relacionados à temática do trabalho obrigatório ou forçado apreciados no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e analisar seus impactos da atuação no Brasil, notadamente a partir do Caso José Pereira – levado à Comissão IDH – e o Caso Fazenda Brasil Verde vs. Brasil (2017) – tratando-se este da primeira condenação de um Estado integrante da Sistema Interamericano pela ocorrência do chamado trabalho escravo contemporâneo.

Conforme se demonstrará, foi, contudo, a partir do Caso José Pereira levado à Comissão IDH que se entendeu pela necessidade de ampliação do conceito de trabalho análogo ao de escravo no direito doméstico (art. 149 do Código Penal) para incluir, para além do trabalho forçado ou obrigatório, o trabalho degradante.

Trabalhos obrigatórios ou forçados: legislação e casos emblemáticos da corte interamericana de direitos humanos

A efetiva abolição dos trabalhos obrigatórios e forçados decorre de direitos humanos com caráter de "jus cogens" (CORTE IDH, 2016, p. 114), na esteira do que propõem os artigos IV e V, da Declaração Universal de Direitos Humanos; 7º e 8º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966; art. 6º do Pacto Internacionais de Direitos Econômicos Sociais e Culturais; 6º da Convenção Americana de Direitos Humanos; art. 8º da Declaração Sociolaboral do Mercosul; Convenção das Nações Unidas sobre Escravidão e Convenções 29 e 105 da OIT.

No que se refere ao conceito utilizado pela OIT sobre o trabalho forçado ou obrigatório, dispõe a Convenção n. 29 (promulgada pelo Decreto nº 41.721, de 25 de junho de 1957) que:

Artigo 2º. 1. Para os fins da presente convenção, a expressão "trabalho forçado ou obrigatório" designará todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade.

Considerando a normatização internacional apontada, o primeiro caso contencioso da Corte Interamericana de Direitos Humanos analisando de forma minuciosa o conceito de trabalho análogo à escravidão contemporâneo foi o caso Fazenda Brasil Verde vs. Brasil julgado pela Corte em 2016. O caso José Pereira não chegou a ser analisado perante a Corte IDH, considerando o desfecho amistoso perante a Comissão IDH, o que será trabalhado adiante.

O Art. 6º da CADH apresenta quatro categoria intimamente relacionadas: a escravidão, servidão, trabalho forçado e tráfico de pessoas. Essas quatro categorias

compõem um conceito mais amplo de formas contemporâneas de escravidão. Apesar de a servidão, o trabalho forçado e o tráfico de pessoas serem violações em si mesmas, estas são, adicionalmente, manifestações de formas contemporâneas de escravidão (CORTE IDH, 2016, p. 58).

Nesse diapasão, a violação do artigo 6º da Convenção Americana foi apontada no emblemático caso dos Massacres de Ituango Vs. Colômbia (2006), que tratou especificamente sobre o trabalho forçado. No referido caso, a Corte IDH constatou que, durante incursões no município de Ituango, no Departamento de Antioquia, na Colômbia, grupos paramilitares, com o fim de facilitar a subtração de entre 800 e 1.200 cabeças de gado, privaram de liberdade 17 camponeses e lhes impuseram o trabalho de juntar e trasladar o gado a lugares remotos durante aproximadamente 17 dias, sob ameaça de morte (CORTE IDH, 2006a, p. 73).

da Convenção Americana, é necessário que a suposta violação seja atribuível a agentes do Estado, por meio da participação direta destes, o que no caso se verificou pela “aquiescência” do exército colombiano com tais fatos (CORTE IDH, 2006a, p. 77).

Seis anos mais tarde, no Caso dos Massacres de Rio Negro vs. Guatemala, julgado no ano de 2012, a Corte IDH se pronunciou sobre a violação da proibição da escravidão e servidão, mas, neste caso, o próprio Estado da Guatemala reconheceu internacionalmente sua responsabilidade, de tal modo que não houve intenso debate sobre o enquadramento ou não como trabalho forçado.

O caso se refere à destruição da comunidade maia de Rio Negro resultante dos inúmeros massacres cometidos pelo Exército da Guatemala e membros das “Patrullas de

“A Corte IDH entendeu que houve violação ao art. 6º da CADH, segundo o qual nenhum ser humano pode ser submetido à escravidão ou à servidão.”

Na oportunidade, a Corte se orientou pelo conceito de trabalho forçado contida no artigo 2.1 da Convenção nº 29 da OIT, a qual dispõe que a expressão “trabalho forçado ou obrigatório” designará todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo “sob ameaça de qualquer penalidade” e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade. Em relação à ameaça de penalidade, a Corte entendeu ter restado comprovado que os camponeses foram explicitamente ameaçados de morte em caso de fuga (CORTE IDH, 2006a, p. 76).

No que se refere ao requisito da ausência de consentimento dos camponeses, no caso em espécie estes foram privados de sua liberdade, levados a lugares remotos e obrigados por pelo menos 17 dias a executar o trabalho contra a sua vontade. Outrossim, a Corte IDH considerou que para que haja uma violação ao artigo 6º

Autodefesa Civil” no início da década de 1980. A Comissão indicou que dezessete crianças pertencentes à comunidade de Rio Negro que sobreviveram aos massacres foram entregues e forçados, sob ameaça, a viver com seus algozes por vários anos para realizar trabalhos forçados considerados, ainda, formas de labor imprópria para a idade, com a aquiescência dos membros do exército (CORTE IDH, 2012, p. 56)

A Corte IDH entendeu que houve violação ao art. 6º da CADH, segundo o qual nenhum ser humano pode ser submetido à escravidão ou à servidão. Entendeu-se que se trata de obrigação internacional *erga omnes* derivada dos princípios e regras básicos da pessoa humana (CORTE IDH, 2012, p. 57). Nesse sentido, condenou o Estado da Guatemala a indenizar as vítimas

sobreviventes do massacre e a garantir indenização adicional de 10 mil dólares para aqueles que foram vítimas de atos de escravidão e servidão (CORTE IDH, 2012, p. 107).

Veja-se que no caso dos Massacres do Rio Negro (2012) a Corte Interamericana já adotava posição bastante progressista conferindo o caráter *jus cogens* das normas proibitivas do trabalho análogo à escravidão. Contudo, não houve pronunciamento sobre o conceito contemporâneo de trabalho análogo à escravidão. Isso não significa que a Corte possuía visão restritiva sobre o alcance do art. 6º da CADH - conforme alegado pelo Estado Brasileiro ao se defender no caso Fazenda Brasil Verde (2016). As circunstâncias fáticas daquele caso, assim como do caso dos Massacres de Ituango, não demandavam esse elastecimento do conceito de trabalho escravo.

Conforme se demonstrará adiante o Brasil assumiu o infeliz pioneirismo na construção desse conceito contemporâneo de trabalho análogo à escravidão. A partir dos Casos José Pereira e Fazenda Brasil Verde, passou-se a entender que a escravidão moderna não se subsume ao trabalho forçado, incluindo também formas degradantes de labor que atingem o núcleo fundamental da dignidade da pessoa humana.

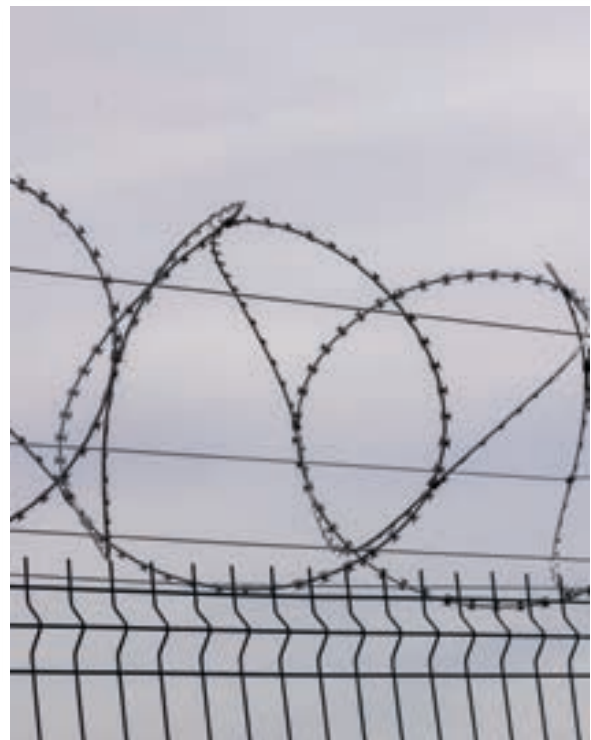
Trabalho análogo à escravidão e o sistema interamericano de direitos humanos: o caso brasileiro

O comércio de escravos esteve historicamente ligado ao trabalho forçado no Brasil e à colonização portuguesa. Apesar da abolição legal da escravidão legal no Brasil com o advento da Lei Áurea (Lei n. 3.353/1988), a pobreza e a concentração da propriedade das terras foram causas estruturais que provocaram a continuidade do trabalho escravo no Brasil. Conforme consignado pela Corte IDH, “ao não terem

terras próprias nem situações de trabalho estáveis, muitos trabalhadores no Brasil se submetiam a situações de exploração, aceitando o risco de submeter-se a condições de trabalho desumanas e degradantes” (CORTE IDH, 2016, p. 27).

De acordo com a Corte IDH, as vítimas desse tipo de trabalho são, em sua maioria, homens pobres, negros ou pardos, entre 18 e 40 anos de idade e que são recrutados em seus Estados de origem por intermediadores conhecidos como “gatos” para trabalhar em Estados distantes, com a promessa de salários atrativos. Os salários prometidos são reduzidos e não cobrem os custos com transporte, alimentação e hospedagem. Além disso, esses trabalhadores normalmente são, não raro, vigiados por guardas armados que não lhes permitem sair das fazendas (CORTE IDH, 2016, p. 28).

No Brasil, a eliminação do trabalho análogo à escravidão constitui direito fundamental de caráter humanitário e que encontra respaldo na Constituição Federal (artigos 1º, III e IV; art. 5º, III, XXIII; 170, “caput” e inciso III; 184 e 243 da CF). A



ampliação do conceito de trabalho análogo à escravidão no Brasil foi consequência de uma solução amistosa reconhecendo a responsabilidade internacional do Brasil pelas violações de direitos humanos cometidas por particulares no caso José Pereira (2003), que foi apresentado perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Este foi considerado um desfecho histórico, na medida em que o Brasil nunca havia assumido a sua responsabilidade perante a Comissão nestes termos (HADDAD, MIRAGLIA, 2018, p. 113).

Neste caso, José Pereira foi um dos trabalhadores que conseguiu fugir da fazenda “Espírito Santo”, localizada na cidade de Sapucaia, no sul do Pará. Na fazenda, eles e outros 60 trabalhadores haviam sido forçados a trabalhar sem remuneração e em condições desumanas e ilegais. José Pereira resolveu noticiar à Polícia Federal as condições de trabalho na fazenda Espírito Santo, pois muitos de seus companheiros de trabalho lá permaneciam. A Polícia Federal encontrou os 60 trabalhadores, que foram então resgatados, recebendo dinheiro para voltar para casa. Ocorre que os exploradores e pistoleiros fugiram e os crimes cometidos naquela fazenda ficaram impunes.

Assim sendo, o Brasil foi denunciado perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos pela violação aos artigos 6º, 8º e 25º da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, os quais referem-se à proibição de escravidão e servidão; garantias judiciais e proteção judicial, respectivamente. No acordo celebrado pelo Brasil, houve o reconhecimento público da responsabilidade acerca da violação dos direitos constatada no caso de José Pereira; julgamento e punição dos responsáveis individuais; a concessão de medidas financeiras de reparação dos danos sofridos pela vítima.

Além disso, o Estado brasileiro foi incumbido do dever de: (i) fortalecer o

Ministério Público do Trabalho, o que orientou a instituição da CONAETE, Coordenadoria Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo (Portaria 231/2002 do MPT); (ii) fortalecer o Grupo Móvel – Grupo Executivo de Repressão ao Trabalho Forçado - GERTRAF (Decreto Presidencial nº 1538, de 27 de junho de 1995); (iii) realizar gestões junto ao Poder Judiciário e a suas entidades representativas, no sentido de garantir o castigo dos autores dos crimes de trabalho escravo; (iv) velar pelo cumprimento imediato da legislação internacional existente, assumindo o compromisso de modificar sua legislação pátria com o objetivo de coibir o Tráfico de Escravos no país (COMISSÃO IDH, 2003).

Nesse diapasão, o Brasil modificou o art. 149 do Código Penal brasileiro, passando a incluir no conceito de condição análoga à de escravo a submissão à jornada exaustiva, ao trabalho degradante e à servidão por dívidas. Assim sendo, não obstante a conceituação internacional sobre trabalho análogo à escravidão – das Convenções nº 29 e 105 da OIT (esta concernente à abolição do trabalho forçado), das quais o também Brasil é signatário – a definição nacional (art. 149 do CP) passou a incluir, também, trabalhos degradantes e exaustivos (condições, jornadas exaustivas de trabalho):

Redução a condição análoga à de escravo

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto. Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. (grifo nosso) (BRASIL, 1940).

Nesse sentido, atualmente o conceito de trabalho escravo contemporâneo não se restringe ao trabalho forçado, assim como o trabalho degradante – modalidade de trabalho análogo à escravidão – não está circunscrito

à violação de normas de saúde e segurança no trabalho. De acordo com Livia Miraglia, o trabalho degradante

é aquele realizado em condições subumanas de labor, ofensivas ao substrato mínimo dos Direitos Humanos: a dignidade da pessoa humana. Desse modo, considera-se como mínimo existencial para existência digna: justa remuneração; respeito às normas de saúde e segurança no trabalho; limitação da jornada, assegurado o direito ao pagamento das horas extras eventualmente prestadas e ao descanso necessário para a reposição das energias e ao convívio social; e acesso às garantias previdenciárias (MIRAGLIA, 2008).

Outro caso emblemático envolvendo o Brasil, este julgado pela Corte IDH, é o relativo à Fazenda Brasil Verde, localizada em Xinguará-PA, em que se constatou a submissão de trabalhadores à condição análoga à escravidão. Em 21 de dezembro

abandonar a Fazenda, os adolescentes foram forçados a regressar, ameaçados e, depois disso, seus familiares não tiveram mais notícia do paradeiro dos jovens. Em 20 de fevereiro de 1989, a Polícia Federal realizou uma visita à Fazenda, oportunidade em que se constatou que o recrutamento de trabalhadores ocorria por intermédio de “gatos”, intermediários que aliciavam esses trabalhadores. Os trabalhadores afirmaram que desejavam um melhor salário, mas que aceitaram o trabalho porque não encontraram outro que pagasse melhor. Além disso, disseram que tinham liberdade para sair da fazenda. O relatório afirmou que não haviam sido observados vestígios de trabalho escravo na Fazenda Brasil Verde, mas corroborou a existência de baixos salários e infrações à legislação trabalhista. Não houve uma continuidade da investigação sobre os adolescentes desaparecidos (CORTE IDH, 2016, p. 33).

“Os trabalhadores afirmaram que desejavam um melhor salário, mas que aceitaram o trabalho porque não encontraram outro que pagasse melhor.”

de 1988, a Comissão Pastoral da Terra e a Diocese de Conceição de Araguaia, acompanhados de José Teodoro da Silva e Miguel Ferreira da Cruz, respectivamente, pai e irmão de Iron Canuto da Silva, de 17 anos, e de Luis Ferreira da Cruz, de 16 anos, que trabalhavam na Fazenda Brasil Verde, apresentaram uma denúncia perante a Polícia Federal pela prática de trabalho escravo, noticiando, ainda, o desaparecimento dos referidos trabalhadores (CORTE IDH, 2016, p. 32).

De acordo com esta denúncia, em agosto de 1988, os trabalhadores desaparecidos foram aliciados por um gato para trabalhar por um período de 60 dias na Fazenda Brasil Verde. Ao tentarem

Em 29 de novembro de 1996, o Grupo Móvel do Ministério do Trabalho realizou uma nova fiscalização na referida fazenda, a Fazenda Brasil Verde, na qual determinou a existência de irregularidades consistentes em falta de registro dos empregados e, em geral, condições contrárias às disposições trabalhistas (CORTE IDH, 2016, p. 34).

Em 10 de março de 1997, José Costa Oliveira e José Ferreira dos Santos, fizeram novas denúncias à Polícia Federal, relatando ter trabalhado e escapado da Fazenda Brasil Verde. Os declarantes acrescentaram que os trabalhadores eram ameaçados de morte caso denunciassem o gato ou o fazendeiro ou se tentassem fugir, e que era prática comum esconder os trabalhadores

quando o Ministério do Trabalho realizava fiscalizações. Com base nesta denúncia, o Grupo Móvel do Ministério do Trabalho realizou uma nova visita de fiscalização à Fazenda Brasil Verde nos dias 23, 28 e 29 de abril de 1997. Na oportunidade, constatou-se que os trabalhadores se abrigavam em barracões cobertos de plástico e palha, sem qualquer condição de higiene; apresentavam doenças de pele e não recebiam nenhum tipo de cuidado médico; a água fornecida era imprópria para o consumo; sofriam ameaças, inclusive com armas de fogo e não podiam sair da fazenda (CORTE IDH, 2016, p. 35).

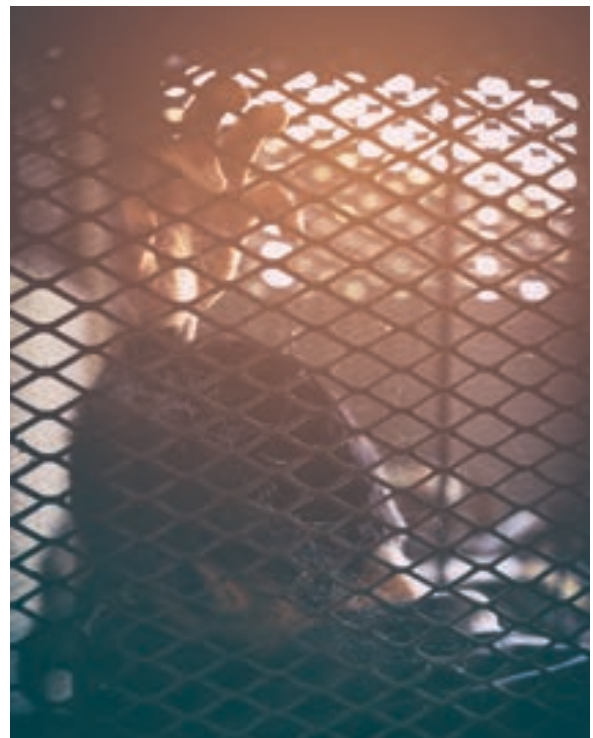
Considerando as provas colhidas pela Inspeção do Trabalho, o MPF apresentou denúncia, em 30 de junho 1997 contra gerentes, proprietário da fazenda e gatos pelos delitos previstos nos artigos 149 (trabalho escravo), 197.1 (atentado contra a liberdade do trabalho) e 207 (aliciamento de trabalhadores) do Código Penal; além do artigo 203 (frustrar direitos trabalhistas) do Código Penal (CORTE IDH, 2016, p. 35).

Após a realização de diversas audiências, em 16 de março de 2001, o juiz federal substituto a cargo do caso declarou a “incompetência absoluta da Justiça Federal” para julgar o processo, pois os delitos investigados constituíam violações a direitos individuais de um grupo de trabalhadores e não crimes praticados contra a organização do trabalho, de maneira que os autos deveriam ser enviados à justiça estadual de Xinguara, Pará. Ocorre que, em 8 de novembro de 2004, a justiça estadual também se declarou incompetente para conhecer do processo penal, o que gerou um conflito de competência, que foi resolvido em 2007 pelo Superior Tribunal de Justiça, que entendeu pela competência da Justiça Federal. Em 11 de dezembro de 2007, os autos foram remetidos à jurisdição federal de Marabá. Considerando a prescrição dos crimes ocorridos, foi declarada a extinção da ação penal no ano de 2008 (CORTE IDH, 2016,

p.40).

Paralelamente, no ano de 2000, o MPT apresentou ação civil pública perante a Justiça do Trabalho contra o proprietário da Fazenda Brasil Verde, João Luiz Quagliato. O Ministério Público destacou a conclusão de que o empregador ainda mantinha trabalhadores em sistema de cárcere privado e que restou caracterizado o trabalho em regime de escravidão. Foi celebrado um acordo judicial perante a Justiça do Trabalho para que o proprietário da fazenda se abstivesse de submeter trabalhadores ao trabalho análogo à escravidão, acordo este que foi cumprido de acordo com relatórios do Ministério do Trabalho. Em relação ao caso, o Estado brasileiro informou que não conseguiu localizar cópias dos autos da investigação para apurar tais fatos na esfera criminal (CORTE IDH, 2016, p.40/46).

Observa-se que uma única ação penal, referente à fiscalização de 1997, foi ajuizada contra o proprietário da fazenda e tramitou por 10 anos apenas para a definição da competência material de julgamento, tendo sido extinta por decurso do prazo



prescricional (BELTRAMELLI NETO, 2018, p. 500).

Diante da inércia do Estado brasileiro, a Comissão IDH apresentou denúncia à Corte IDH consignando que:

i) os trabalhadores eram aliciados por gatos para serem explorados no trabalho; ii) o consentimento dos trabalhadores para viajar à Fazenda Brasil Verde estava viciado, pois não sabiam realmente qual seria seu salário e suas condições de trabalho; iii) o gerente da fazenda retinha e, às vezes, fraudava as carteiras de trabalho; iv) os trabalhadores eram obrigados a assinar dois tipos distintos de contratos de trabalho e documentos em branco, sendo que a maioria deles era analfabetos; v) as dívidas contraídas pelos trabalhadores com os gatos pelo transporte e por adiantamentos; vi) os trabalhadores deveriam pagar, à Fazenda e a preços elevados, por suas ferramentas de trabalho, artigos de higiene e comida; vii) os trabalhadores não podiam deixar a fazenda se mantivessem dívidas; viii) a jornada laboral se estendia por mais de 12 horas diárias; ix) as condições de trabalho eram indignas, com alimentação insalubre e insuficiente e sem atenção de saúde; x) a vigilância armada por parte da fazenda que impedia a saída dos trabalhadores; xi) ameaças e agressões caso manifestassem o desejo de sair da fazenda e xii) obrigação dos trabalhadores de viverem na fazenda (CORTE IDH, 2016, p. 59).

Como consequência de tais fatos, a Corte IDH entendeu violados o reconhecimento da personalidade jurídica (artigo 3º da CADH) à integridade pessoal (artigo 5º da CADH), à liberdade e segurança pessoal (artigo 7º da CADH), à dignidade e à vida privada (artigo 11º da CADH), à livre circulação e residência (artigo 22º da CADH), além de constituir tratamento discriminatório.

Em sentença, a Corte IDH consagrou a imprescritibilidade do crime de submissão à condição análoga à de escravo, por se tratar de norma imperativa de direito internacional (*jus cogens*); houve o reconhecimento da discriminação estrutural pelo Estado brasileiro

já que, pela análise das ocorrências, as vítimas se encontravam situação de pobreza, provinham das regiões mais pobres do país, além disso, eram analfabetos e tinham pouca ou nenhuma escolarização (BELTRAMELLI NETO, 2018, p. 501). Por fim, declarou-se a inadequação do conceito original de trabalho em condições análogas à de escravo do art. 149 do CP, vigente à época dos fatos.

Com efeito, a partir do caso Fazenda Brasil Verde (2016), o entendimento restritivo da Corte Interamericana, que exigia a necessidade de ameaça de uma pena para a caracterização do trabalho análogo à escravidão, restou superado.

Tal compreensão é de extrema importância, sobretudo com os constantes questionamentos a respeito dessa conceituação no Brasil. É o que se verificou com a suspensão da Portaria 1.129/2017 (Ministério do Trabalho), pela ministra Rosa Weber, do Supremo Tribunal Federal, sob o fundamento de violação da Constituição e acordos internacionais celebrados pelo Brasil. Por meio deste ato normativo infralegal, o Poder Executivo pretendia a alteração do conceito de trabalho escravo, exigindo, entre outras coisas, o cerceamento da liberdade de locomoção do trabalhador na ADPF 489/DF (STF/2017).

Importante ressaltar que desde o julgamento do *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, de 26 de setembro de 2006, a Corte Interamericana tem assentado que o Poder Judiciário dos Estados-partes à Convenção Americana deve controlar a convencionalidade entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos, com fundamento nos artigos 1º (item 1) e 2 do Pacto de São José da Costa Rica (CADH); 26 e 27 da Convenção de Viena sobre direitos dos tratados, além da Opinião Consultiva 14/94 da Corte IDH. (CORTE IDH, 2006b)

Nesse mesmo sentido, destaca-se a

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) firmada no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, que fixou a tese, em sede de repercussão geral, da supralegalidade dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos celebrados anteriormente a Emenda Constitucional 45 de 2004 – o que impede a flexibilização do alcance do art. 6º da CADH que veda a “escavidão ou servidão e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas”.

Conclusão

O conceito contemporâneo de trabalho análogo à escravidão abrange todo aquele labor atentatório à dignidade da pessoa trabalhadora. Foi a partir do caso José Pereira e, anos mais tarde, no Caso Fazenda Brasil Verde, que se ampliou o conceito de trabalho escravo para incluir, para além do trabalho forçado – conforme verificado nos casos Massacres de Ituango vs. Colômbia e Massacres do Rio Negro vs. Guatemala – formas degradantes de labor humano.

Trata-se de conceito amparado não só na legislação nacional, como na jurisprudência da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de tal modo que o esvaziamento do conceito contemporâneo de trabalho análogo à escravidão viola não só o princípio da vedação ao retrocesso, como os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro internacionalmente.

Por fim, não se pode perder de vista que a Corte Interamericana tem defendido o caráter “jus cogens” das normas internacionais que versam sobre o combate ao trabalho escravo, consideradas obrigações de caráter humanitário e civilizatório, não podendo ser alteradas senão por normas de igual natureza. Nesse sentido, descabido o retrocesso no que se refere a tal conceito amparado pela jurisprudência da Corte Interamericana, sobretudo por intermédio de

atos normativos infralegais.

Referências

BELTRAMELLI NETO, Silvio. **Direitos Humanos**. 5 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 22 de out. 2020.

COMISSÃO IDH. Caso 11.289. **Solução Amistosa José Pereira vs Brasil**. 24 de Outubro de 2003. Relatório n. 95/2003. Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2003port/Brasil.11289.htm>. Acesso em: 26 de ago. 2020.

CORTE IDH. **Caso dos Massacres de Ituango vs. Colombia**. Sentença de 1 de julho de 2006a (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_250_esp.pdf. Acesso em: 19 de mar. de 2020.

CORTE IDH. **Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile**. Sentença de 26 de setembro de 2006b (Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/u/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>. Acesso em: 28 de out. de 2020.

CORTE IDH. **Caso dos Massacre do Rio Negro vs. Guatemala**. Sentença de 5 de setembro de 2012 Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/>

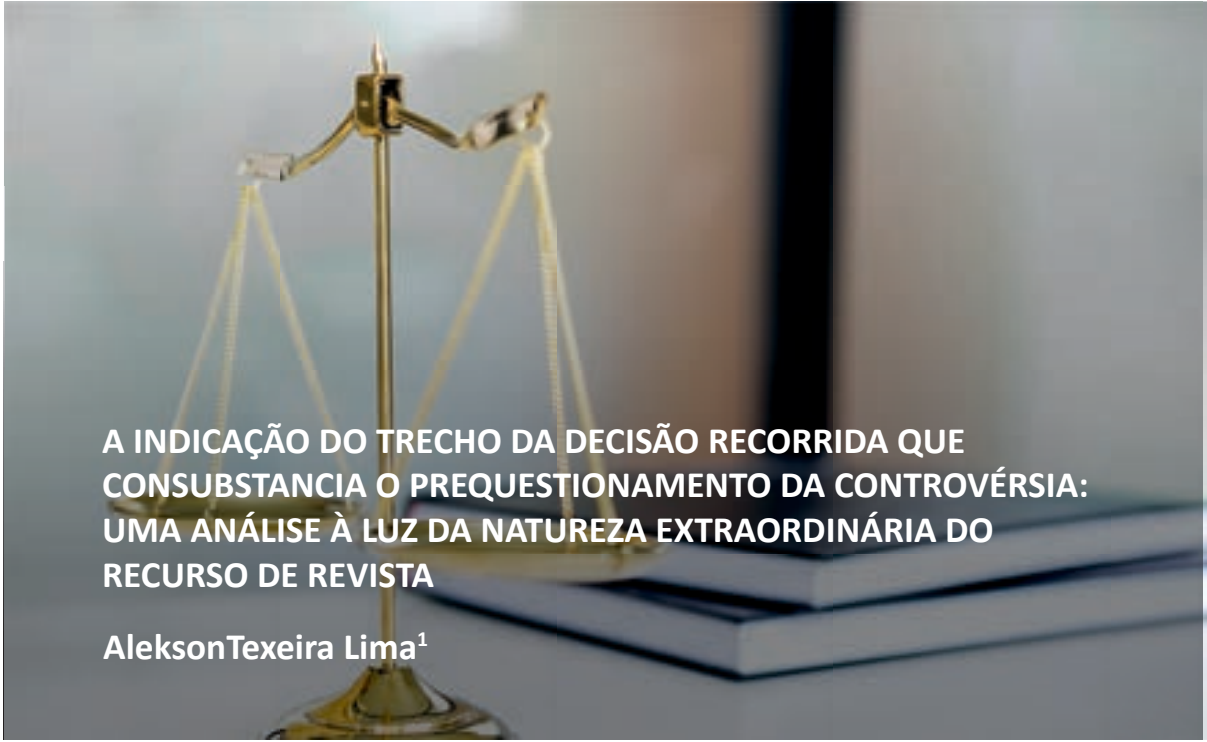
[seriec_148_esp.pdf](#). Acesso em: 19 de set. de 2020.

CORTE IDH. **Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil**. 20 de Outubro de 2016. (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em 09 de set. de 2020

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **O Brasil, o trabalho escravo e a corte interamericana de direitos humanos: uma análise dos casos**. In: Trabalho escravo contemporâneo: conceituação, desafios Trabalho escravo contemporâneo: conceituação, desafios e perspectivas (Série Estudos do PPGD – UFMG). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **Trabalho escravo contemporâneo: conceituação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_MiragliaLM_1.pdf. Acesso em: 26 de out. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional** 14. ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013



A INDICAÇÃO DO TRECHO DA DECISÃO RECORRIDA QUE CONSUBSTANCIA O PREQUESTIONAMENTO DA CONTROVÉRSIA: UMA ANÁLISE À LUZ DA NATUREZA EXTRAORDINÁRIA DO RECURSO DE REVISTA

AleksonTexeira Lima¹

Resumo

O objetivo do presente trabalho é analisar o requisito previsto no artigo 896, § 1º-A, I, da CLT, incluído pela Lei nº 13.015/2014, que trata da indicação do trecho da decisão recorrida que consubstancia o prequestionamento da controvérsia objeto do recurso de revista. O dispositivo em tela trata de um dos pressupostos extrínsecos específicos para o Recurso de Revista, o qual deve ser observado pelo recorrente, sob pena de não conhecimento do apelo. A nossa análise será feita à luz da natureza extraordinária do Recurso de Revista. Primeiramente será feito um estudo sobre os recursos de natureza extraordinária dentro da teoria geral dos recursos. Após, analisa-se o inciso I do § 1º-A do artigo 896 da CLT, incluindo um estudo dessa alteração com base na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

Palavras-chave: Processo do Trabalho. Recursos Extraordinários. Fundamentação Vinculada. Prequestionamento. Recurso de Revista. Lei nº 13.015/2014.

1 Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, lotado na Secretaria de Assessoramento de Admissibilidade de Recursos de Revista. Pós-graduado em direito e processo do trabalho. E-mail: Tx_lima@yahoo.com.br,

Introdução

Com o claro objetivo de agilizar a tramitação e o julgamento dos recursos no Tribunal Superior do Trabalho, além de reduzir o número de processos que chegam a esse tribunal, a Lei nº 13.015/2014, que partiu de proposta apresentada pela própria Corte Superior, nos termos da Resolução Administrativa nº 1451, de 24 de maio de 2011, promoveu importantes alterações no sistema recursal trabalhista.

Os dispositivos da CLT alterados foram os artigos 894, II, 896, 897-A e 899.

O objetivo do nosso trabalho é analisar o § 1º-A, I, do artigo 896 da CLT, que trata de um dos requisitos para o conhecimento do Recurso do Revista, qual seja, a indicação do trecho da decisão recorrida que consubstancia o prequestionamento da controvérsia objeto do recurso de revista. O referido parágrafo apresenta a seguinte redação:

§ 1º-A. Sob pena de não conhecimento, é ônus da parte:

I – indicar o trecho da decisão recorrida que consubstancia o prequestionamento da controvérsia objeto do recurso de revista;

II – indicar, de forma explícita e fundamentada, contrariedade a dispositivo de lei, súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho que conflite com a decisão regional;

III – expor as razões do pedido de reforma, impugnando todos os fundamentos jurídicos da decisão recorrida, inclusive mediante demonstração analítica de cada dispositivo de lei, da Constituição Federal, de súmula ou orientação jurisprudencial cuja contrariedade aponte;

IV – transcrever na peça recursal, no caso de suscitar preliminar de nulidade de julgado por negativa de prestação jurisdicional, o trecho dos embargos declaratórios em que foi pedido o pronunciamento do tribunal sobre questão veiculada no recurso ordinário e o trecho da decisão regional que rejeitou os embargos quanto ao pedido, para cotejo e verificação, de plano, da ocorrência da omissão (BRASIL, 1943).

Além dos requisitos genéricos que são pertinentes a qualquer tipo de recurso, independentemente do apelo ser de natureza ordinária ou extraordinária, o recurso de revista apresenta pressupostos específicos. A doutrina diverge a respeito. Adotamos aqui a linha de Mauro Schiavi, que divide os pressupostos do recurso de revista em extrínsecos e intrínsecos. Assim, são pressupostos extrínsecos do recurso de revista: a) a regularidade formal, ou seja, o recurso deve ser interposto por petição acompanhada de razões, e subscrito necessariamente por advogado; b) depósito recursal, nos termos do artigo 899 da CLT; c) demonstração de uma das hipóteses de cabimento previstas expressamente no artigo 896 da CLT; d) que a decisão recorrida seja um acórdão do Tribunal Regional do Trabalho; e) preenchimento dos requisitos do artigo 896, § 1º-A, da

CLT. Por outro lado, são pressupostos intrínsecos: a) legitimidade; b) interesse; c) prequestionamento (SCHIAVI, 2019, p. 1015).

Como bem destaca o professor Mauro Schiavi (2019, p.1016), o § 1º -A do artigo 896 da CLT, “em verdade, estabelece pressupostos objetivos ou extrínsecos para demonstração do prequestionamento.”

A distinção é muito importante, uma vez que os pressupostos extrínsecos podem ser revistos por meio de embargos de declaração (art. 897-A da CLT) e dos embargos de divergência (Súmula nº 353 do TST), o que não se verifica quanto aos pressupostos intrínsecos. E é através dos embargos de divergência que o Tribunal Superior do Trabalho uniformiza a jurisprudência no âmbito da Seção de Dissídios Individuais.

Iremos defender neste estudo que a finalidade do requisito previsto no artigo 896, § 1º-A, I, da CLT é facilitar a análise e julgamento do recurso de revista pelo Tribunal Superior do Trabalho, e não inviabilizar o seu conhecimento.

Da natureza extraordinária do recurso de revista.

Podemos apontar como origem dos recursos de natureza extraordinária a promulgação da Constituição dos Estados Unidos em 1787, que previu a criação de um tribunal supremo para fiscalizar os tribunais inferiores. Um dos primeiros atos do novo congresso foi a edição, em 1789, do *Judiciary Act*, que regulou o *Writ of Error*, o qual concedia à Suprema Corte poderes para rever as decisões das cortes estaduais.

No Brasil, tal espécie de recurso foi

previsto pela primeira vez na Constituição de 1891, a qual estabeleceu, no artigo 59, § 1º, o cabimento de recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças das justiças estaduais em última instância, em duas hipóteses:

a) quando se questionar sobre a validade ou aplicação de tratados e leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado for contra ella; b) quando se contestar a validade de leis ou de actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do Tribunal do Estado considerar validos esses actos, ou essas leis impugnadas (BRASIL,1981).

Cabe agora traçar uma breve distinção entre os recursos de natureza ordinária e os recursos de natureza extraordinária.

Os recursos ordinários, que têm como pressuposto a mera sucumbência, possibilitam o reexame da decisão pelo tribunal para fins de correção da justiça da decisão. Tais recursos são de fundamentação livre, pois o recorrente terá ampla liberdade para fundamentar o seu apelo, observados, evidentemente, os pressupostos gerais aplicáveis a qualquer espécie de recurso. São dessa espécie a apelação no processo civil e o recurso ordinário e o agravo de petição no processo do trabalho.

Já os recursos de natureza extraordinária não têm como objetivo sanar a mera injustiça da decisão, pois apresentam como fundamento, além da sucumbência, a alegação de uma das hipóteses legais expressamente previstas em lei, que versam unicamente sobre questões de direito. Por tal motivo a doutrina os denomina de recursos de estrito direito, ou de fundamentação vinculada, pois o recorrente não terá ampla liberdade com relação à fundamentação do apelo. São dessa espécie o recurso

especial e o recurso extraordinário no processo civil, e o recurso de revista no processo do trabalho.

Nesse contexto, podemos afirmar que como espécie de recurso de natureza extraordinária, o recurso de revista tem duas finalidades: a preservação da incolumidade da norma jurídica e a uniformização de jurisprudência. Essa conclusão se extrai a partir da leitura do artigo 896 da CLT, que prevê o cabimento do recurso tão somente nas hipóteses de violação de artigos da legislação federal ou da Constituição Federal ou nos casos de divergência jurisprudencial².

Muito embora a Constituição Federal assegure a democracia e o pluralismo político, no

2 Art. 896 - Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando: a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional do Trabalho, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou contrariarem súmula de jurisprudência uniforme dessa Corte ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal; b) derem ao mesmo dispositivo de lei estadual, Convenção Coletiva de Trabalho, Acordo Coletivo, sentença normativa ou regulamento empresarial de observância obrigatória em área territorial que exceda a jurisdição do Tribunal Regional prolator da decisão recorrida, interpretação divergente, na forma da alínea a; c) proferidas com violação literal de disposição de lei federal ou afronta direta e literal à Constituição Federal. § 2º - Das decisões proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho ou por suas Turmas, em execução de sentença, inclusive em processo incidente de embargos de terceiro, não caberá Recurso de Revista, salvo na hipótese de ofensa direta e literal de norma da Constituição Federal. § 9º Nas causas sujeitas ao procedimento sumaríssimo, somente será admitido recurso de revista por contrariedade a súmula de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho ou a súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal e por violação direta da Constituição Federal. § 10. Cabe recurso de revista por violação a lei federal, por divergência jurisprudencial e por ofensa à Constituição Federal nas execuções fiscais e nas controvérsias da fase de execução que envolvam a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), criada pela [Lei nº 12.440](#), de 7 de julho de 2011.

âmbito do processo judicial não se justifica que casos concretos iguais tenham soluções judiciais totalmente distintas, em total menosprezo do princípio da isonomia e da função precípua do Poder Judiciário, que é a pacificação social.

No entanto, não se defende aqui que os tribunais superiores são verdadeiras cortes de teses, raciocínio que considera o caso concreto como mero pretexto para o exercício de suas funções. Até mesmo porque sem o caso concreto sequer existe direito, como bem destaca Georges Abboud (2019, p. 975):

Tal qual expusemos, a norma não está contida na lei, numa decisão vinculante, súmula vinculante ou qualquer outro texto. Somente após a interpretação, a norma é produzida: isso porque a norma é realizada na linguagem, diante da problematização, quando é contraposta aos fatos jurídicos e à controvérsia judicial que se pretende solucionar. Ademais, não há tribunal cuja função exclusiva seja a fixação e criação de precedentes, até porque o precedente – desde que o genuíno precedente do common law e não qualquer decisão de tribunal dotada de efeito vinculante – é definido com o tempo, e pelas demais instâncias.

Portanto, o Tribunal Superior do Trabalho, ao julgar o recurso de revista, deverá se preocupar com a correta e uniforme aplicação e interpretação da norma federal em âmbito nacional, sem que uma função seja mais importante do que a outra.

Do prequestionamento

O prequestionamento, que é um requisito necessário para o conhecimento de todos os recursos de natureza extraordinária, exige que a questão constitucional ou federal a ser debatida no apelo tenha sido objeto de análise pela decisão recorrida, sendo ônus do recorrente apresentar embargos de declaração caso a análise não tenha sido feita.

No tocante ao recurso especial e ao recurso extraordinário, a exigência de prequestionamento não tem previsão legal

expressa, mas é uma decorrência implícita da Constituição Federal e do CPC de 2015. A Constituição Federal, ao regular as hipóteses de cabimento desses recursos nos artigos 102 e 105 exige primeiramente que a causa tenha sido decidida pela instância inferior, ao passo que o CPC de 2015, nos artigos 941, § 3º e 1025, alude ao prequestionamento de forma genérica. No entanto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça³ e do Supremo Tribunal Federal⁴ é pacífica com relação à exigência de prequestionamento para fins de cabimento do recurso especial e do recurso extraordinário.

Com relação ao Recurso de Revista, da mesma forma que ocorre com o recurso especial e o recurso extraordinário, o prequestionamento também decorre de uma exigência implícita, pois o artigo 896 elenca expressamente as hipóteses de cabimento e dispõe que o recurso é cabível das decisões proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho. Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho pacificou o entendimento de que o prequestionamento é exigível como requisito do recurso de revista, como se verifica da redação da Súmula nº 297⁵.

De fato, é impossível vislumbrar contrariedade à Constituição Federal ou à lei federal se a decisão recorrida não analisou a matéria federal ou constitucional objeto do

3 Súmula 98 do STJ: Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório.

4 Súmula 356 do STF: O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratório, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

5 Súmula 297 do TST - Prequestionamento. Oportunidade. Configuração. 1. Diz-se prequestionada a matéria ou questão quando na decisão impugnada haja sido adotada, explicitamente, tese a respeito. 2. Incumbe à parte interessada, desde que a matéria haja sido invocada no recurso principal, opor embargos declaratórios objetivando o pronunciamento sobre o tema, sob pena de preclusão. 3. Considera-se prequestionada a questão jurídica invocada no recurso principal sobre a qual se omite o Tribunal de pronunciar tese, não obstante opostos embargos de declaração.

recurso de revista.

Agora, com inciso I do § 1º-A do artigo 896 da CLT, o prequestionamento passa a ser previsto de forma expressa como requisito do recurso de revista.

Da indicação do trecho da decisão recorrida que consubstancia o prequestionamento da controvérsia objeto do recurso de revista.

O inciso I do § 1º-A do artigo 896 da CLT prevê que é ônus da parte, sob pena de não conhecimento do recurso de revista, indicar o trecho da decisão recorrida que consubstancia o prequestionamento da controvérsia objeto do apelo.

No âmbito do recurso especial e do recurso extraordinário, não há previsão legal expressa de tal requisito, tratando-se de uma inovação da lei processual trabalhista.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA PRIMEIRA RECLAMADA (PREVI). RECURSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. 1. RECURSO DE REVISTA QUANTO AOS TEMAS "MULTA PREVISTA NO ARTIGO 475-J DO CPC" E "JUSTIÇA GRATUITA" DENEGADO SEGUIMENTO COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 896, § 1º-A, I, DA CLT. INDICAÇÃO DO TRECHO DA DECISÃO RECORRIDA QUE CONSUBSTANCIA O PREQUESTIONAMENTO DA CONTROVÉRSIA OBJETO DO RECURSO DE REVISTA. Nos termos do artigo 896, § 1º-A, I, da CLT, incluído pela Lei nº 13.015/2014, é ônus da parte, sob pena de não conhecimento, "indicar o trecho da decisão recorrida que consubstancia o prequestionamento da controvérsia objeto do recurso de revista". Depreende-se, pois, que o dispositivo legal estabelece como pressuposto a imprescindibilidade de indicação do trecho da decisão recorrida, e não necessariamente de sua transcrição. Assim, entende esta Relatora que esse requisito é atendido, inclusive, pela breve síntese da tese adotada pelo Tribunal Regional, na forma articulada pela primeira reclamada nas razões do seu recurso de revista. Desse modo, não há falar em inobservância do requisito previsto no artigo 896, § 1º-A, I, da CLT. Assim, superado o óbice imposto no despacho

“O inciso I do § 1º-A do artigo 896 da CLT prevê que é ônus da parte, sob pena de não conhecimento do recurso de revista, indicar o trecho da decisão recorrida que consubstancia o prequestionamento da controvérsia objeto do apelo”

Trata-se do requisito mais polêmico previsto nesse parágrafo da CLT, e que frequentemente é utilizado pelo Tribunal Superior do Trabalho como fundamento para não conhecer dos recursos de revista interpostos. E a polêmica começa com a própria delimitação do verbo “indicar”.

Realmente, “indicar” não significa transcrever, de modo que o requisito legal restaria atendido se a parte se limitasse a descrever a tese adotada pela decisão recorrida, não havendo a necessidade, portanto, de transcrever o trecho da decisão recorrida. Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente da 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, em que ficou assentado que “indicar” não significa “transcrever”:

de admissibilidade, no aspecto, prossegue-se na análise dos pressupostos intrínsecos remanescentes do recurso de revista, nos termos da OJ nº 282 da SDI-1 do TST.” (TST-AIRR-44.54.2010.5.09.0014, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, 8ª Turma, DEJT 20/03/2015) (BRASIL,2015a).

No entanto, a lei não pode ser interpretada de modo a retirar completamente a sua eficácia, pois tal postura não caracteriza interpretação da lei, mas sim reconhecimento implícito de sua inconstitucionalidade.

Por ser o recurso de revista uma espécie de recurso de estrito direito, é ônus do recorrente fundamentar o seu apelo em pelo menos uma das hipóteses expressamente

previstas em lei, e isso se faz, inclusive, com a descrição da tese combatida em confronto com os dispositivos legais e constitucionais apontados ou a jurisprudência colacionada, sob pena de não conhecimento, conforme jurisprudência pacificada do Tribunal Superior do Trabalho⁶.

Portanto, o verbo “indicar” deve ser interpretado no sentido de “transcrever”, a fim de se conferir eficácia ao dispositivo legal.

Foi nesse sentido que se firmou a jurisprudência da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, a quem compete uniformizar a jurisprudência do tribunal no âmbito dos dissídios individuais. Vejamos alguns precedentes:

AGRAVO EM EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014. REQUISITO PREVISTO NO ARTIGO 896, § 1º-A, I, DA CLT. TRANSCRIÇÃO DA EMENTA. TRECHO INSUFICIENTE. ARESTO PARADIGMA SUPERADO PELA JURISPRUDÊNCIA DO TST. A egrégia 6ª Turma não conheceu do recurso de revista da agravante em razão do descumprimento do requisito previsto no artigo 896, § 1º-A, I, da CLT, na medida em que a parte efetuou a transcrição de ementa genérica do acórdão recorrido. A tese contida no único paradigma válido, nos termos da Súmula 337 do TST, resta superado pela jurisprudência desta Corte, haja vista ter a SBDI-1, interpretando o alcance da previsão contida no art. 896, § 1º-A, I, da CLT, incluído pela Lei nº 13.015/2014, firmado o entendimento no sentido de ser imprescindível a transcrição da fração

6 Súmula 422. Recurso. Fundamento ausente ou deficiente. Não conhecimento. I – Não se conhece de recurso para o Tribunal Superior do Trabalho se as razões do recorrente não impugnam os fundamentos da decisão recorrida, nos termos em que proferida; II – o entendimento referido no item anterior não se aplica em relação à motivação secundária e impertinente, consubstanciada em despacho de admissibilidade de recurso ou em decisão monocrática; III – Inaplicável a exigência do item I relativamente ao recurso ordinário da competência de Tribunal Regional do Trabalho, exceto em caso de recurso cuja motivação é inteiramente dissociada dos fundamentos da sentença.

específica da fundamentação regional que consubstancie o prequestionamento da matéria contida nas razões recursais, não se admitindo, para efeitos de cumprimento do comando ali previsto, “a mera indicação das páginas correspondentes, paráfrase, sinopse, transcrição integral do acórdão recorrido, do relatório, da ementa ou apenas da parte dispositiva” (E-ED-RR-242-79.2013.5.04.0611, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, DEJT 25/5/2018; E-ED-RR - 60300-98.2013.5.21.0021, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, DEJT 25/05/2018). Mais precedentes. Incidência do óbice do artigo 894, § 2º, da CLT. Agravo conhecido e desprovido. (Ag-E-RR- 10456-91.2016.5.03.0146, Rel. Min. Breno Medeiros, SBDI-1, DEJT 11/10/2018) (BRASIL, 2018)

RECURSO DE EMBARGOS. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. REQUISITOS. ART. 896, § 1º-A, DA CLT. TRANSCRIÇÃO DO TRECHO QUE CONFIGURA O PREQUESTIONAMENTO. PRESSUPOSTO INTRÍNSECO. Trata-se de Recurso de Embargos que questiona decisão da Turma, a qual deixou de conhecer do Recurso de Revista em face da ausência de transcrição do trecho da decisão proferida pelo Tribunal Regional que configure o prequestionamento. A alteração legislativa levada a efeito no art. 896 da CLT especificou o modo de comprovar o prequestionamento da matéria objeto do Recurso de Revista. Considerando que o prequestionamento constitui pressuposto intrínseco de admissibilidade do recurso, o ônus atribuído à parte de demonstrar esse pressuposto nos moldes do § 1º-A, incs. I a III, do art. 896 da CLT, possui a mesma natureza. Vale dizer: a demonstração específica do prequestionamento da matéria na decisão recorrida, é procedimento que reflete ônus da parte recorrente que não pode ser transferido ao magistrado. Dessa forma, conquanto o inc. I faça alusão à indicação do trecho da decisão recorrida, tem-se que, em se tratando de pressuposto intrínseco relativo ao prequestionamento, é necessária a transcrição do trecho exato da decisão recorrida que configure o prequestionamento. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se nega provimento (E-ED-ARR - 69700-30.2013.5.21.0024, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, data de julgamento: 28/9/2017, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, data de publicação: DEJT 6/10/2017). (BRASIL, 2017)

Mas a controvérsia não termina aí. Outra questão de debate refere-se à forma como deve ser feita a transcrição do trecho da decisão recorrida.

Conforme se verifica dos julgados acima, o Tribunal Superior do Trabalho pacificou o entendimento de que é ônus do recorrente proceder à transcrição exata do trecho da decisão recorrida que consubstancia o prequestionamento da controvérsia, não atendendo ao comando do artigo 896, § 1º-A, I, da CLT a mera indicação das páginas correspondentes, paráfrase, sinopse, transcrição integral do acórdão recorrido, do relatório, da ementa ou apenas da parte dispositiva, ou ainda a transcrição de trechos de acórdão estranho aos autos, mesmo que versem sobre a mesma situação jurídica. Portanto, trata-se de uma norma de natureza cogente, que não pode deixar de ser observada pela parte.

Ademais, o Tribunal Superior do Trabalho possui precedentes no sentido de que na hipótese em que o recuso apresenta vários temas, a transcrição do trecho da decisão recorrida não pode ser feita no início das razões recursais, em tópico único, dissociada das razões de reforma. Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017. TURNOS ININTERRUPTOS. BANCO DE HORAS. DIFERENÇAS DE HORAS EXTRAS. JORNADA EM HORÁRIO FIXO. FGTS. PRESCRIÇÃO. NÃO CUMPRIMENTO DO ART. 896, §1º-A, I E III, DA CLT. Nos termos da Lei 13.015/2014, a parte recorrente, além de indicar o trecho da decisão recorrida que revela o prequestionamento do objeto do recurso de revista, deve fazer o confronto analítico com a fundamentação jurídica exposta nas razões recursais (art. 896, § 1º-A, I e III, da CLT). Ocorre que, da análise do recurso de revista das págs. 492-506, verifica-se que não foram atendidos os requisitos do referido dispositivo. Isso porque a parte promoveu a transcrição

dos trechos do acórdão regional quanto aos temas recorridos em tópico único, no início do recurso e de forma dissociada das razões de reforma (vide págs. 493-496), inviabilizando, assim, a delimitação precisa da tese eleita pelo TRT e o confronto analítico desta com as violações, contrariedades e divergências jurisprudenciais suscitadas no apelo revisional. Precedentes. Agravo de instrumento conhecido e desprovido." (AIRR - 10518-62.2016.5.03.0072, 3ª Turma, Relator Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 04/10/2019) (BRASIL,2019).

Uma rápida pesquisa na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho revela dados que chamam a atenção, pois é enorme a quantidade de recursos de revista que não são conhecidos por descumprimento do requisito do artigo §1º-A, I, da CLT. Será que tal formalidade legal, bem como a sua interpretação jurisprudencial, não seriam uma forma de inviabilizar o acesso das partes ao Tribunal Superior do Trabalho, impedindo que este exerça as funções próprias de uma corte superior? E como fica a correta observância da norma no caso concreto?

Qualquer recurso de natureza



extraordinária dirigido a um tribunal superior deve ostentar o caráter da excepcionalidade. Se a parte já teve oportunidade de discutir a causa em duas instâncias, com ampla cognição probatória, não é razoável que se possibilite o acesso a um tribunal superior sem que sejam estabelecidas condições mais rigorosas. O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal prevê o princípio do acesso à justiça como um direito fundamental, mas tal acesso é regulado por lei, que pode estabelecer os requisitos necessários para o exercício desse direito.

Nesse panorama, partindo do pressuposto de que a função principal de um tribunal superior é garantir a incolumidade da norma jurídica e uniformizar a jurisprudência, bem como que a quantidade de processos em tramitação no território nacional é muito superior à capacidade do Poder Judiciário de solucioná-los com presteza e qualidade, a exigência de que os recursos dirigidos para essas cortes sigam determinadas formalidades técnicas é absolutamente razoável e proporcional. E a justificativa não é somente numérica, no sentido de reduzir a quantidade de recursos em tramitação nos tribunais superiores, como poderia parecer à primeira vista, mas principalmente qualitativa.

Nesse sentido, a exigência legal de transcrição do trecho do acórdão regional que identifica o prequestionamento da matéria objeto do apelo, assim como a interpretação que a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho confere ao artigo 896, § 1º-A, I, da CLT, permitem que a corte superior identifique com mais celeridade o objeto da controvérsia objeto do recurso de revista, o que contribui para a observância do princípio constitucional da celeridade processual.

Portanto, e respondendo ao questionamento, não se trata de uma medida que tem como objetivo inviabilizar

o acesso das partes ao Tribunal Superior do Trabalho, mas sim racionalizar a prestação jurisdicional no âmbito dessa corte.

Conclusão

Ao longo deste artigo foi discutido o requisito do recurso previsto no artigo 896, § 1º-A, CLT, à luz da natureza extraordinária do recurso de revista e considerando a jurisprudência da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho.

Não se desconhece que os artigos 4º e 6º CPC de 2015 consagram o princípio da primazia do julgamento de mérito, por força do qual o magistrado deve prestigiar sempre a resolução do mérito da causa como um direito das partes, abstendo-se da utilização de formalismos exagerados para deixar de fazê-lo. Especificamente quanto à temática recursal, a exposição de motivos do novo diploma processual dispõe o seguinte:

...permite-se no novo CPC que os Tribunais Superiores apreciem o mérito de alguns recursos que veiculam questões relevantes, cuja solução é necessária para o aprimoramento do Direito, ainda que não estejam preenchidos requisitos de admissibilidade considerados menos importantes. Trata-se de regra afeiçoada à processualística contemporânea, que privilegia o conteúdo em detrimento da forma, em consonância com o princípio da instrumentalidade (BRASIL, 2015b).

Contudo, o recurso de revista ostenta caráter extraordinário, de modo que é razoável e proporcional a exigência de cumprimento de determinadas formalidades para que o conhecimento do recurso seja possível, desde que o objetivo seja alcançar a presteza e qualidade na prestação jurisdicional, e não inviabilizar o acesso das partes às cortes superiores.

Referências

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BRASIL. [Constituição (1981)]. **Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [1981]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 19 nov. 2020.

BRASIL Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, 1 de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 19 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 19 nov. 2020.

BRASIL.Tribunal Superior do Trabalho. TST-AIRR- 44.54.2010.5.09.0014, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, 8ª Turma, DEJT 20 mar. 2015. Brasília, **Pesquisa de Jurisprudência**, Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/ntos/8aef1636c0bbdea9861bf1839e30bc12>. Acesso em: 19 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. E-ED-ARR - 69700-30.2013.5.21.0024, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, data de julgamento: 28 set. 2017, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, data de publicação: DEJT 6 out. 2017. Brasília, **Pesquisa de Jurisprudência**, Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/ntos/99d1d0f516336e516e9b2290e0bcfe17>. Acesso em: 19 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. E-ED-RR-242-79.2013.5.04.0611, Rel. Min.

José Roberto Freire Pimenta, DEJT 25/5/2018; E-ED-RR - 60300-98.2013.5.21.0021, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, DEJT 25 maio 2018. Brasília, **Pesquisa de Jurisprudência**, Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em: 19 nov. 2020.

BRASIL. AIRR - 10518-62.2016.5.03.0072, 3ª Turma, Relator Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 04 out. 2019. Brasília, **Pesquisa de Jurisprudência**, Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/tos/5328708256d29b57e141baa2d65c2db0>. Acesso em: 19 nov. 2020. SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2019.



A TOGA DE MARFIM: A ELITIZAÇÃO DA JUSTIÇA NA LITERATURA BRASILEIRA

Renato da Fonseca Janon¹

Resumo

A literatura brasileira revela que a percepção da sociedade sobre o sistema judicial sempre foi a de uma estrutura cara, elitista e injusta, que restringe o acesso à Justiça dos mais pobres para assegurar os interesses dos poderosos, perpetuando privilégios que remontam à nossa formação colonial. O Patrimonialismo, legado das capitânicas hereditárias, foi incorporado à nossa cultura jurídica, como revela Raymundo Faoro, em “Os Donos do Poder”. O distanciamento ente o Judiciário e o Cidadão pode ser observado nos exemplos extraídos das obras de Machado de Assis, Manuel Antônio de Almeida, Lima Barreto, Monteiro Lobato, Graciliano Ramos, Guimarães Rosa, Jorge Amado, Ariano Suassuna, Néelson Rodrigues e Elicida. Textos que revelam a importância de aprendermos as lições da História para não repetirmos os erros do passado e construirmos um futuro no qual o Poder Judiciário esteja de portas abertas para todos os brasileiros, independentemente da condição social ou da capacidade econômica.

Palavras-Chave: Patrimonialismo. Elitização do Judiciário. Acesso à Justiça. Literatura brasileira.

Aqueles que não conhecem a História estão condenados a repetir os erros do passado (Edmund Burke). Daí a

importância de estudarmos a literatura, arte que traduz em palavras a representação do imaginário coletivo de uma sociedade, a fim de refletirmos sobre a forma como o cidadão vem percebendo o sistema de Justiça através da nossa evolução histórica.

E a leitura dos nossos clássicos revela uma realidade nada abonadora: na literatura brasileira, a Justiça sempre foi retratada como cara, elitista e injusta, priorizando os interesses do poder político e econômico ou agindo em benefício próprio. Essa “ELITIZAÇÃO” da Justiça pode ser atribuída a uma herança atávica da nossa formação colonial, que remonta ao período das capitânicas hereditárias, quando os donatários receberam da Coroa Portuguesa o direito de explorarem as terras em nome do rei, impondo uma ordem idiossincrática em seus domínios. Era a Lei dos Senhores.

Decorre daí a cultura do PATRIMONIALISMO, que confundia o interesse público com o interesse privado e era condescendente com o uso da estrutura estatal em benefício de particulares ou das corporações. Durante séculos, a sociedade brasileira, notoriamente estamental,

1 Juiz Titular da 1ª. Vara do Trabalho de Lençóis Paulista/SP

pautava-se por uma rígida divisão de classes, na qual o acesso à Justiça era considerado um “privilegio”. Na prática, a cidadania não era um direito de todos, mas apenas dos “cidadãos de bens” ou dos “proprietários”. Era um direito censitário e plutocrático. É o que nos ensina a leitura da obra seminal de **RAYMUNDO FAORO: OS DONOS DO PODER – A Formação do Patronato Político:**

O estamento burocrático, fundado no sistema patrimonial do capitalismo politicamente orientado, adquiriu o conteúdo aristocrático, da nobreza da toga e do título. (...) No regime decaído, todo de exclusivismo e privilégio, a nação, com toda a sua atividade social, pertencia a classes ou famílias dirigentes. Tal sistema não permitia a criação de uma democracia laboriosa e robusta, que pudesse inquietar a bem aventurança dos posseiros do poder, verdadeira exploração a benefício de privilegiados" (...) A pressão da ideologia liberal e democrática não quebrou, nem diluiu, nem desfez o patronato político sobre a nação, impenetrável ao poder majoritário. (...) O Estado, pela cooptação sempre que possível, pela violência se necessário, resiste a todos os assaltos, reduzido, nos seus conflitos, à conquista dos membros graduados de seu estado-maior. (...)

E o povo, palavra e não realidade dos contestatários, que quer ele? (...) A lei, retórica e elegante, não o interessa. A eleição, mesmo formalmente livre, reserva-lhe a escolha entre opções que ele não formulou. (FAORO, 2001).

A cultura do “patrimonialismo” sobreviveu incólume por séculos e está arraigada no nosso “ethos social” desde o período do Brasil Colônia. Basta ver que, em 1670, o advogado baiano **GREGÓRIO DE MATOS** (2010, p.219), conhecido pelo epíteto “Boca do Inferno”, já verberava contra a Justiça d’El Rey nas terras de São Salvador: ““E que justiça a resguarda?... Bastarda. É grátis distribuída?... Vendida. Que tem, que a todos assusta?... Injusta. (Trecho de “Epílogos”).

Nada mudou com a proclamação da Independência. Em 1854, quando Manuel Antônio de Almeida publicou MEMÓRIAS DE UM SARGENTO DE MILÍCIAS, o Judiciário era retratado como uma aristocracia palaciana

deslumbrada com suas comendas, perdida em salamaleques e distante da realidade da imensa maioria dos brasileiros. Os mais pobres tinham medo da Justiça porque só mantinham contato com ela para pagar uma dívida – ou para responder a um processo penal. Daí ter nascido o ditado popular de que, no Brasil, a Justiça Civil seria para os ricos e a Criminal para os pobres, aforismo que permanece atual desde o tempo de Leonardo Pataca e Maria da Hortaliça. É sempre bom lembrarmos de onde vem essa cultura de “elitização” do acesso à Justiça, muito bem descrita no romance de **MANUEL ANTÔNIO DE ALMEIDA:**

Era no tempo do rei.

Uma das quatro esquinas que formam as ruas do Ouvidor e da Quitanda, cortando-se mutuamente, chamava-se nesse tempo - O canto dos meirinhos -; e bem lhe assentava o nome, porque era aí o lugar de encontro favorito de todos os indivíduos dessa classe (que gozava então de não pequena consideração). Os meirinhos de hoje não são mais do que a sombra caricata dos meirinhos do tempo do rei; esses eram gente temível e temida, respeitável e respeitada; formavam um dos extremos da formidável cadeia judiciária que envolvia todo o Rio de Janeiro no tempo em que a demanda era entre nós um elemento de vida: o extremo oposto eram os desembargadores. Ora, os extremos se tocam, e estes, tocando-se, fechavam o círculo dentro do qual se passavam os terríveis combates das citações, provarás, razões principais e finais, e todos esses trejeitos judiciais que se chamava o processo. Daí sua influência moral.

Mas tinham ainda outra influência, que é justamente a que falta aos de hoje: era a influência que derivava de suas condições físicas. Os meirinhos de hoje são homens como quaisquer outros; nada têm de imponentes, nem no seu semblante nem no seu trajar, confundem-se com qualquer

procurador, escrevente de cartório ou contínuo de repartição. Os meirinhos desse belo tempo não, não se confundiam com ninguém; eram originais, eram tipos: nos seus semblantes transluzia um certo ar de majestade forense, seus olhares calculados e sagazes significavam chicana. Trajavam sisuda casaca preta, calção e meias da mesma cor, sapato afivelado, ao lado esquerdo aristocrático espadim, e na ilharga direita penduravam um círculo branco, cuja significação ignoramos, e coroavam tudo isto por um grave chapéu armado. Colocado sob a importância vantajosa destas condições, o meirinho usava e abusava de sua posição.

Era terrível quando, ao voltar uma esquina ou ao sair de manhã de sua casa, o cidadão esbarrava com uma daquelas solenes figuras, que, desdobrando junto dele uma folha de papel, começava a lê-la em tom confidencial! Por mais que se fizesse não havia remédio em tais circunstâncias senão deixar escapar dos lábios o terrível - Dou-me por citado. - Ninguém sabe que significação fatalíssima e cruel tinham estas poucas palavras! eram uma sentença de peregrinação eterna que se pronunciava contra si mesmo; queriam dizer que se começava uma longa e afadigosa viagem, cujo termo bem distante era a caixa da Relação, e durante a qual se tinha de pagar importe de passagem em um sem-número de pontos. O advogado, o procurador, o inquiridor, o escrivão, o juiz, inexoráveis Carontes, estavam à porta de mão estendida, e ninguém passava sem que lhes tivesse deixado, não um óbolo, porém todo o conteúdo de suas algibeiras, e até a última parcela de sua paciência. (ALMEIDA, 2011)

No conto “o Astrólogo”, de 1877, **MACHADO DE ASSIS** retrata a figura do “juiz de fora” como um homem “severo”, cuja família integrava a “nobreza da terra”,

típico representante de um judiciário aristocrático. Em certa passagem, Assis (1985, p. 1027) narra que “o juiz de fora preparou-se para acudir ao chamado do vice-rei; dois escravos, com lanternas, o precederam na rua, enquanto Custódio Marques volvia para casa”. Era, portanto, um homem rico, que se portava como um senhor de escravos e que não hesitava em obedecer às ordens da monarquia. Porém, no epílogo desse conto, mais uma vez, a fina ironia machadiana desnuda a alma de suas personagens: - Mas, olhe cá, antes de ir. Um astrólogo contemplava os astros, com tamanha atenção, que caiu num poço. Uma velha da Trácia vendo-o cair, soltou esta exclamação: “Se ele não via o que lhe estava aos pés, para que havia de investigar o que lá fica tão em cima!”. Assim era a forma como o povo percebia a elite - e o Judiciário - no Brasil Imperial: a imagem do astrólogo deslumbrado que cai no poço porque só se preocupa em olhar para os astros e se esquece do chão sob os seus pés.

Nos estertores da Monarquia, em 1884, quando **ALUÍSIO AZEVEDO** escreveu o romance “CASA DE PENSÃO”, marco do naturalismo brasileiro, gênero literário que primava pelo realismo extremo, a preocupação com o elevado custo do processo judicial era notória:

(...) por quanto D. Ângela começava a desconfiar do Silveira, que não fazia outra coisa senão lhe pedir dinheiro e mais dinheiro para as tais custas. (...)
-Que seria de si?! Que fim poderia ter tudo aquilo?! Onde iria cavar dinheiro para manter os seus?! - E as custas do processo, e as despesas que fizera?! (AZEVEDO, 2008).

Alguns anos depois, na sequência do fatídico baile da Ilha Fiscal, a Monarquia caiu e a República foi proclamada (1889), mas o acesso ao Judiciário permaneceu sendo privilégio dos mais afortunados, como revela uma crônica de **LIMA BARRETO**, publicada em um jornal do Rio de Janeiro, em 1921, sob o título “O JORNALISTA”:

Fagundes consultou os seus manuais e concluiu que não tinha direito à sociedade

do jornal, pois não havia instrumento de direito bastante hábil para prová-la em juízo. Mas, de acordo com a lei e vários juriconsultos notáveis, podia reclamar o seu direito aos honorários de redator-chefe, à razão de 1:800SOOO.

Ele o havia sido por quinze anos e quatro meses; tinha, portanto, direito a receber 324 contos, juros de mora e custas. Quis propor a causa, mas viu que a taxa judicial ia muito além das suas posses. Abandonou o propósito; e Nabor, o tal dos Azevedo e dos Breves, um dos quais recebera a visita do imperador, numa das suas fazendas, na da Grama, ficou único dono do jornal. (g.n). (LIMA BARRRETO, 1921).

Como se vê, nessa crônica quase profética, Lima Barreto narrava, já em 1921, as agruras do trabalhador Fagundes, um jornalista que desiste de reivindicar seus direitos trabalhistas (honorários de redator-chefe) na Justiça em virtude de não poder pagar a “taxa judicial”.

No início do período republicano, o acesso ao Judiciário continuava sendo privilégio de quem tinha dinheiro. Tanto é assim que, em 1922, no auge da República do Café com Leite, baseado no poder das Oligarquias de São Paulo e Minas Gerais, o escritor **MONTEIRO LOBATO** escreveu a fábula “O Julgamento da Ovelha”, revelando que, no imaginário popular, ser parte em um processo judicial poderia ser muito perigoso para quem não dispunha de recursos financeiros.

Na ocasião, o país vivia sob Estado de Sítio decretado pelo presidente Artur Bernardes, que, para reprimir as revoltas que se avolumavam, suspendeu diversas garantias constitucionais. Foi nesse contexto autoritário que, reinterpretando as obras de Esopo e La Fontaine, Monteiro Lobato publicou, em 1922, o seu livro “FÁBULAS”, adaptando-as para a realidade brasileira de uma maneira que fossem facilmente compreendidas por todos, independentemente da sua condição social. Em uma linguagem que, hoje, pode até parecer agressiva para o público infantil, Lobato ilustrou como o cidadão comum via o Poder Judiciário na sua época:

O JULGAMENTO DA OVELHA:

Um cachorro de maus bofes acusou uma pobre ovelhinha de lhe haver furtado um osso.

— Para que furtaria eu esse osso — alegou ela — se sou herbívora e um osso para mim vale tanto quanto um pedaço de pau?

Não quero saber de nada. Você furtou o osso e vou já levá-la aos tribunais. E assim fez. Queixou-se ao gavião penacho e pediu-lhe justiça. O gavião reuniu o tribunal para julgar a causa, sorteando para isso doze urubus de papo vazio. Comparece a ovelha. Fala. Defende-se muito bem. Mas o júri, composto de carnívoros gulosos, não quis saber de nada e deu a sentença:— Ou entrega o osso já e já, ou condenamos você à morte!

A ré tremeu: não havia escapatória!... Osso não tinha e não podia, portanto, restituir; mas tinha a vida e ia entregá-la em pagamento do que não furtara. Assim aconteceu. O cachorro sangrou-a, espastou-a, reservou para si um quarto e dividiu o restante com os juízes famintos, a título de custas... (LOBATO, 1973).

Veja-se que, em 1922, o medo de pagar “custas” com o sacrifício da própria vida, ainda que de forma alegórica, continuava presente no inconsciente coletivo do cidadão brasileiro. O Poder Judiciário, à época, era visto pelos mais pobres como caro, seletivo, elitista e intimidador.



Nada mudou até o início da década seguinte. Em **“SÃO BERNARDO”**, romance publicado em 1934, GRACILIANO RAMOS retrata a desesperança de pessoas humildes que, mesmo tendo razão em suas queixas, deixavam de procurar a Justiça porque ela “era cara” - e pouco confiável. O protagonista, Paulo Honório, conta, com orgulho, que se apossou de terras alheias por contra própria e que ninguém poderia lhe oferecer resistência. Gabava-se de suas façanhas à margem da lei:

Mas agora é isto. E quem não gostar, paciência, vá à justiça. **Como a justiça era cara, não foram à justiça.** E eu, o caminho aplainado, invadi a terra do Fidélis, paralítico de um braço, e a dos Gama, que pandegavam no Recife, estudando direito. Respeitei o engenho do dr. Magalhães, juiz. (g.n). (RAMOS, 2014).

O enredo conta a história de Paulo Honório, homem ambicioso que, agindo à semelhança de um grileiro, acaba por se transformar num grande fazendeiro do sertão de Alagoas. Casa-se com Madalena, professora primária e filha do Dr. Magalhães, o distinto juiz da comarca. Incapaz de entender o humanismo de sua mulher, Honório tenta silenciá-la, valendo-se da força autoritária que o poder marital lhe conferia. Relendo São Bernardo, muito se poderia dizer sobre a questão agrária, o machismo estrutural ou sobre a família patriarcal. Neste artigo, interessa-nos, porém, a figura do Juiz, o Dr. Magalhães, a síntese perfeita de um leguleio alienado da realidade social que o cerca. O magistrado era um homem soberbo e que fingia uma absoluta neutralidade para favorecer os poderosos. Orgulhoso da própria ignorância, ele dizia: “Eu não gosto de literatura... Folhee algumas obras antigamente. Hoje não. Desconheço tudo isso. Sou apenas juiz, pchiu! Juiz.”(RAMOS, 2014).

E, quando indagado sobre a corrupção da elite governante, Dr. Magalhães saía pela tangente, orgulhando-se de sua pretensa imparcialidade:

Nunca leio política. Sou apenas juiz. Estudo, compulso os meus livros, pchiu! Acordo cedo, tomo uma xícara de café, pequena, faço a

barba, vou ao banho. Depois passeio pelo quintal, volto, distraio-me com as revistas e almoço, pouco, por causa do estômago. Descanso uma hora, escrevo, consulto os mestres. Janto, dou um giro pela cidade, à noite recebo os amigos, quando aparecem, durmo. (...) sou apenas juiz (RAMOS, 2014).

Dr. Magalhães refletia o espelho do magistrado solipsista: aquele que, enclausurado em seu universo particular, dizendo-se absolutamente neutro e técnico, ignorava a realidade social e fechava os olhos para as consequências práticas das suas decisões. Afinal, “ele era apenas um juiz”.

Nesse mesmo ano de 1934, após a Revolução Constitucionalista de 1932, foi dado um grande salto evolutivo na universalização do acesso à Justiça para todos os cidadãos. Dizia a Constituição de 1934, em seu Título III, Capítulo II, art. 113, nº 32, que “a União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos”.

Entretanto, essa vitória da cidadania não durou muito. Em 1937, Getúlio Vargas instalou a ditadura do Estado Novo e, inspirado em regimes fascistas que se multiplicavam na Europa, outorgou a chamada “Constituição Polaca”, suprimindo, novamente, diversas garantias constitucionais e dificultando o acesso ao Judiciário. Foi nesse contexto que, em 1938, Graciliano Ramos publicou outro grande romance, “VIDAS SECAS”, que retrata as aflições do sertanejo Fabiano e de sua família na luta contra a fome e a injustiça que grassava no Sertão abandonado pelas autoridades constituídas. Fabiano, Sinhá Vitória, O Menino Mais Novo, O Menino Mais Velho, e por fim, a cachorra Baleia, eram vítimas não apenas da aridez do clima ou do solo infértil, mas, sobretudo, da secura que habita nas almas dos homens que só agem de acordo com seus próprios interesses.

GRACILIANO RAMOS expõe, de forma visceral, como a Justiça era sonogada aos mais pobres em um sistema coronelista que usava a lei como instrumento de

dominação e reafirmação do poder, reprimindo os direitos individuais. Em uma das passagens mais comoventes do livro, Fabiano entra, embriagado, em um jogo do qual participava um policial que passa a ser chamado de “Soldado amarelo”. Fabiano se exalta durante a partida e acaba discutindo com o policial. Ambos se ofendem e Fabiano acaba xingando a mãe do seu oponente. Em resposta, o meganha agride Fabiano e o manda para a cadeia, sem qualquer ordem judicial ou “audiência de custódia”. Ele irá preso não por ter cometido um crime, mas por ter “desrespeitado” uma autoridade, ainda que ambos tenham se envolvido na discussão e trocado ofensas mútuas. “Fabiano marchou desorientado, entrou na cadeia, ouviu sem compreender uma acusação medonha e não se defendeu”. (RAMOS, 2019).

Em seguida, com sua prosa pungente, Graciliano Ramos expõe as vísceras de um sistema de Justiça iníquo, que se baseava em distinções e privilégios:

(...). Vivia tão agarrado aos bichos.... Nunca vira uma escola. Por isso não conseguia defender-se, botar as coisas nos seus lugares. O demônio daquela história entrava-lhe na cabeça e saía. Era para um cristão endoidecer. Se lhe tivessem dado ensino, encontraria meio de entendê-la. Impossível, só sabia lidar com bichos. (...). Era bruto, sim senhor, nunca havia aprendido, não sabia explicar-se. Estava preso por isso? Como era? Então mete-se um homem na cadeia porque ele não sabe falar direito? Que mal fazia a brutalidade dele? Vivia trabalhando como um escravo. (RAMOS, 2019).

Na mesma época, na Bahia de JORGE AMADO, o romance “**CAPITÃES DA AREIA**”, publicado em 1938, retratava outro flagelo não menos cruel: o abandono de crianças e adolescentes que moravam nas ruas de Salvador, jovens tratados como bandidos perigosos por aqueles que, no conforto dos seus lares, enxergavam no Judiciário apenas um instrumento de repressão.

A percepção de que ao Judiciário incumbia a missão de garantir a “lei e a ordem” a qualquer custo, preocupando-se mais com o patrimônio dos afortunados do

que com a vida e a educação dos menores, talvez seja o exemplo muito eloquente do quão perversa pode ser a elitização do sistema de justiça em uma sociedade profundamente desigual. É o que revela a carta que, no início de Capitães da Areia, o juiz de menores de Salvador envia à redação do “Jornal da Tarde” para se defender da acusação de que não estaria sendo duro o suficiente com os pequenos infratores:

Ainda nestes últimos meses que decorreram mandei para o Reformatório de Menores vários menores, delinquentes ou abandonados. Não tenho culpa, porém, que fujam, que não se impressionem com o exemplo de trabalho que encontram naquele estabelecimento e que, por meio da fuga, abandonem um ambiente onde se respira paz e trabalho e onde são tratados com o maior carinho. Fogem e se tornam ainda mais perversos, como se o exemplo que houvessem recebido fosse mau e daninho. Por que? Isso é um problema que aos psicólogos cabe resolver e não a mim, simples curioso da filosofia. O que quero deixar claro e cristalino, sr. diretor, é que o doutor Chefe de Polícia pode contar com a melhor ajuda deste juizado de menores para intensificar a campanha contra os menores delinquentes (AMADO, 1995).

Mais uma vez, o que se vê, em “Capitães de Areia”, é o sistema judicial sendo usado como instrumento de segregação e exclusão social. Houve, porém, um breve sopro de esperança – ainda que fugaz, como a calmaria que antecede às grandes tempestades. Em 1946, logo após o fim da segunda guerra mundial, a democracia foi restaurada e os institutos da assistência judiciária e da justiça gratuita (que são complementares) voltaram a ser valorizados, com caráter constitucional. Promulgada no governo de Eurico Gaspar Dutra e inspirada no liberalismo que se reafirmava como ideologia dominante no ocidente do pós-guerra, a Constituição de 1946 passou a prever “que a lei não poderia excluir do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

Em 1950, foi publicada a Lei 1.060, a qual, em seu artigo 2º, parágrafo único, dizia que “considera-se necessitado, para fins legais, todo aquele cuja situação econômica

não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”.

Contudo, a despeito da previsão legal, na prática, muitos brasileiros continuaram desassistidos e privados desse direito fundamental, cuja relevância foi bem lembrada na obra **GRANDE SERTÃO: VEREDAS**, do incedível Guimarães Rosa. Em 1956, data em que o romance foi publicado, o Brasil vivia dias de esperança com o início do governo de Juscelino Kubitschek, o presidente bossa-nova, mas ainda receava as consequências do trágico suicídio de Getúlio Vargas, em agosto de 1954. Rosa usou a moralidade própria da “Justiça Sertaneja” para exemplificar a importância de todos terem acesso a um processo justo, seja para acusar ou para se defender.

Em um dos capítulos mais eloquentes da literatura brasileira, lemos sobre o **JULGAMENTO DE ZÉ BEBELO**, um jagunço rival do bando de Joca Ramiro que, derrotado em combate, teve direito a um julgamento com acusação, defesa e contraditório, ao invés de simplesmente ser fuzilado ou degolado, como era costume da época entre bandos inimigos de cangaceiros. Merecem especial atenção as palavras de Zé Bebelo, Joca Ramiro e Titão Passos, que compõem um verdadeiro libelo sobre a importância de todos terem o direito à Justiça:

ZÉ BEBELO:

“Ei! Com seu respeito, discordo, Chefe, maximé!” - “Retenho que estou frio em juízo legal, raciocínios. Reajo é com protesto. Rompo embargos! Porque acusação tem de ser em sensatas palavras – não é com afrontas de ofensa de insulto...”

JOCA RAMIRO:

– “Resultado e condena, a gente deixa para o fim, compadre. Demore, que logo vai ver. Agora é a acusação das culpas. Que crimes o compadre indica neste homem?” – “Crime?... Crime não vejo. É o que acho, por mim é o que declaro com a opinião dos outros não me assopro. Que crime? Veio guerrear, como nós também. Perdeu,

pronto! A gente não é jagunços? A pois: jagunço com jagunço – aos peitos, papos. Isso é crime? Perdeu, rachou feito umbuzeiro que boi comeu por metade... Mas brigou valente, mereceu... Crime, que sei, é fazer traição, ser ladrão de cavalos ou de gado... não cumprir a palavra...”

TITÃO PASSOS:

“Ao que aprecio também, Chefe, a distinção minha desta ocasião, de dar meu voto. Não estou contra a razão de companheiro nenhum, nem por contestar. Mas eu cá sei de toda consciência que tenho, a responsabilidade. Sei que estou como debaixo de juramento: sei porque de jurado já servi; uma vez, no júri da Januária... Sem querer ofender ninguém – vou afiançando.

O que eu acho é que é o seguinte: que este homem não tem crime constável. Pode ter crime para o Governo, para delegado e juiz-de-direito, para tenente de soldados. Mas a gente é sertanejos, ou não é sertanejos? Ele quis vir guerrear, veio – achou guerreiros! Nós não somos gente de guerra? Agora, ele escapou e perdeu, está aqui, debaixo de julgamento. A bem, se, na hora, a quente a gente tivesse falado fogo nele, e matado, aí estava certo, estava feito. Mas o refrego de tudo já se passou. Então, isto aqui é matadouro ou talho?... Ah, eu, não. Matar, não. Suas licenças... (ROSA, 1994).

Como se vê, nessa Justiça Sertaneja de GUIMARÃES ROSA todos tinham direito a um julgamento justo (e, conseqüentemente, acesso a uma forma de jurisdição), inclusive com acusação, defesa e até um Tribunal de Juri, mesmo que os jurados fossem cangaceiros e o acusado um jagunço rival.

Foi nesse mesmo sertão que, em 1955, o paraibano **ARIANO SUASSUNA** ambientou o AUTO DA COMPADECIDA, peça que tem como clímax o julgamento de João Grilo, no qual somente uma intervenção divina, com o apelo da Virgem Maria, foi capaz de livrar o pobre acusado da acusação diabólica que pedia a sua condenação eterna. Mas foi em “A PENA E A LEI”, de 1959, que o mestre de Taperoá expôs, de forma mais explícita, a imagem que o homem comum fazia do sistema de Justiça, referindo-se, ironicamente, a um delegado que agradecia a propina recebida: “Obrigado, meu caro

Mateus, pode contar com a imparcialidade da polícia a seu favor". (SUASSUNA, 2005). E essa cultura de apadrinhamento para quem podia pagar pelos favores da lei se estendia às demais autoridades, como revela o célebre diálogo entre Cheiroso e Cheirosa:

CHEIROSO: Vida esquisita esta nossa,/ Justiça limpa, a do mundo!/ Diz-se do mar que ele é claro;/ Ninguém sabe a cor do fundo./ Chamei a peça de caso:/ Mas foi esse um nome raso,/ Precisava um mais profundo!

CHEIROSA: Se cada qual tem seu crime,/ Seu proveito, perda e dano,/ Cada qual seu testemunho,/ Se cada qual tem seu plano,/ A marca, mesmo, da peça / Devia ter sido essa/ De justiça por engano! (ROSA, 1994).

Na literatura do cordel, **PATATIVA DO ASSARÉ** declamava, no final de "Crime Imperdoável":

Enquanto o manto da miséria as cobre,
Porque só o rico tem direito a tudo,
Não há justiça para quem é pobre...
(ASSARÉ, 2015, p. 60)

São versos que ecoavam o clamor dos emudecidos. Assim como no sertão de Patativa, nos grandes centros urbanos, a imagem do Judiciário perante a sociedade brasileira também era a de uma classe de privilegiados, que se preocupava, primeiro, com seus próprios interesses ou com os interesses dos poderosos. Em 1959, no romance *Asfalto Selvagem*, **NÉLSON RODRIGUES** nos apresenta o juiz Odorico Quintela, caricatura de um magistrado egocêntrico e megalomaniaco, que sonha ser desembargador, adora ser adulado e se imagina a personificação da Justiça. Em uma célebre passagem da obra, Odorico Quintela usa do seu prestígio para intimidar um chofer:

- Meu amigo, o senhor vai me levar, sim! O senhor está falando com uma autoridade! (...) Sabe ler? Então, lê! Lê, rapaz! Juiz, compreendeu? Podia lhe prender! E nem mais uma palavra! (p. 195). Terminada a corrida, o Magistrado ameaça o chofer novamente. Deseja não pagar! Arrisca: "- Rapaz, podia ter te metido na cadeia! - Pausa e faz menção de puxar a carteira: - Quanto é?" O outro, com as orelhas

incendiadas, fez um gesto: - Doutor, paga quanto quiser! Dr. Odorico larga a carteira no bolso: - Obrigado, amigo! Até a vista! E olha: não faça mais isso! Desgovernado, o chofer arrancou, sem levar-lhe um tostão" (RODRIGUES, 2008, p. 197)

Em outro trecho, no qual Odorico tenta seduzir a jovem "Engraçadinha", Néelson Rodrigues sintetiza a cultura do patrimonialismo com uma pérola da crônica social: "Escuta, eu sou juiz, Engraçadinha. Entende? E, nesta terra, o Judiciário, compreende? Digo-lhe isso sem nenhuma vaidade, porque sou avesso a essas coisas, nem é do meu feitio. Mas como juiz eu posso até requisitar força policial" (p. 263). "... E olha que eu não gosto de alegar a minha qualidade de juiz. Não é de meu feitio. Mas há ocasiões em que... É a falta de caráter do Brasil!" (RODRIGUES, 2008, p.351)

Décadas depois, a elitização do Judiciário, tão bem descrita na novela *Rodriguiana*, continua impregnada em nosso imaginário coletivo, como se o espectro de Odorico Quintela insistisse em nos assombrar, lembrando-nos de que ele permanece mais vivo do que nunca. Afinal, já dizia Millôr Fernandes que "o Brasil tem um grande passado pela frente".

Houve um tempo em que o grito mais ensurdecedor era o do "silêncio dos mártires", descrito nos versos de Vinícius de Moraes, em "Operário em Construção". Hoje, vivemos o martírio do silêncio, que abafa a voz dos desalentado para conter um suposto "excesso de litigiosidade". No afã de reduzir o número de ações judiciais, foram criadas barreiras econômicas que inibem o exercício da cidadania, desestimulando o pobre de buscar o Poder Judiciário. Passamos pela ditadura e pela redemocratização. A Constituição de 1988 consagrou, como garantia fundamental, que "O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos" (artigo 5º, inciso LXXIV, CF). Porém, para milhões de brasileiros, a imagem da Justiça continua sendo a de uma miragem perdida em meio a um deserto de palavras vazias, tal como na letra de **GABRIEL, O PENSADOR**, que reproduz o sentimento de revolta dos



desassistidos: “A injustiça é cega e a justiça enxerga bem. Mas só quando convém... Que Justiça a gente tem? (“Nunca Serão”) (PENSADOR, 2012).

Na periferia das grandes cidades, o “RAP”, mais do que um estilo musical, vem se transformando em uma nova forma de literatura para milhares de jovens inconformados. Na lei da “Quebrada”, onde “todo camburão tem um pouco de navio negreiro” (Marcelo Yuka), o acesso à Justiça é uma realidade tão distante que parece um sonho – ou um pesadelo. Daí a indignação ecoada na letra de Criolo e **EMICIDA**: “Vi condomínios rasgarem mananciais / A mando de quem fala de Deus e age como satanás. Uma lei: quem pode menos, chora mais.... Porque a justiça deles só vai em cima de quem usa chinelo” (EMICIDA; CRIOLO, 2013) (trecho da música “Dedo na Ferida”).

A literatura representa, em prosa e verso, os clamores e os anseios mais profundos de uma sociedade, razão pela qual, se quisermos que o cidadão veja o sistema de justiça com outros olhos, devemos começar mudando o nosso próprio olhar, evitando interpretações que dificultem o acesso dos mais humildes ao Poder Judiciário, como, por exemplo, a aplicação

literal da lei 13.467/2017 (em especial, a nova redação do artigo 791/CLT), que coloca uma espada de Dâmocles sobre a cabeça do trabalhador ao ameaçá-lo com um ônus de sucumbência que ele jamais poderá pagar, o que, na prática, cria uma barreira econômica intransponível para o acesso à Justiça.

Urge indagar, olhando para os equívocos que cometemos no passado, se vamos continuar insistindo nos mesmos erros de sempre ou se vamos superar paradigmas anacrônicos para construir um sistema de Justiça que seja mais justo, transparente e acessível para todos os cidadãos brasileiros, independentemente da sua condição financeira. Do contrário, acabaremos como o “O Juiz de Paz na Roça”, protagonista da peça tragicômica de MARTINS PENA: “- A Constituição!... Está bem!... Eu, o juiz de paz, hei por bem derogar a Constituição! Sr. escrivão, tome termo que a Constituição está derogada...”. (MARTINS PENA; 1938)

No poema clássico “ENEIDA”, obra seminal de toda a literatura em língua latina, o poeta romano Virgílio associou, pela primeira vez, o marfim aos devaneios daqueles que confundem a realidade com os seus desejos e fantasias. Daí a expressão “**TORRE DE MARFIM**”, que se popularizou como sinônimo de uma instituição elitista, formada por intelectuais alienados das preocupações práticas do cotidiano. Diz o poeta que há duas portas que se abrem diante dos sonhadores:

Há duas portas do sono. Uma é feita de ébano e conduz ao caminho que leva à verdade. A outra, de marfim, permite que os falsos sonhos ascendam aos céus (VIRGÍLIO, 2004)

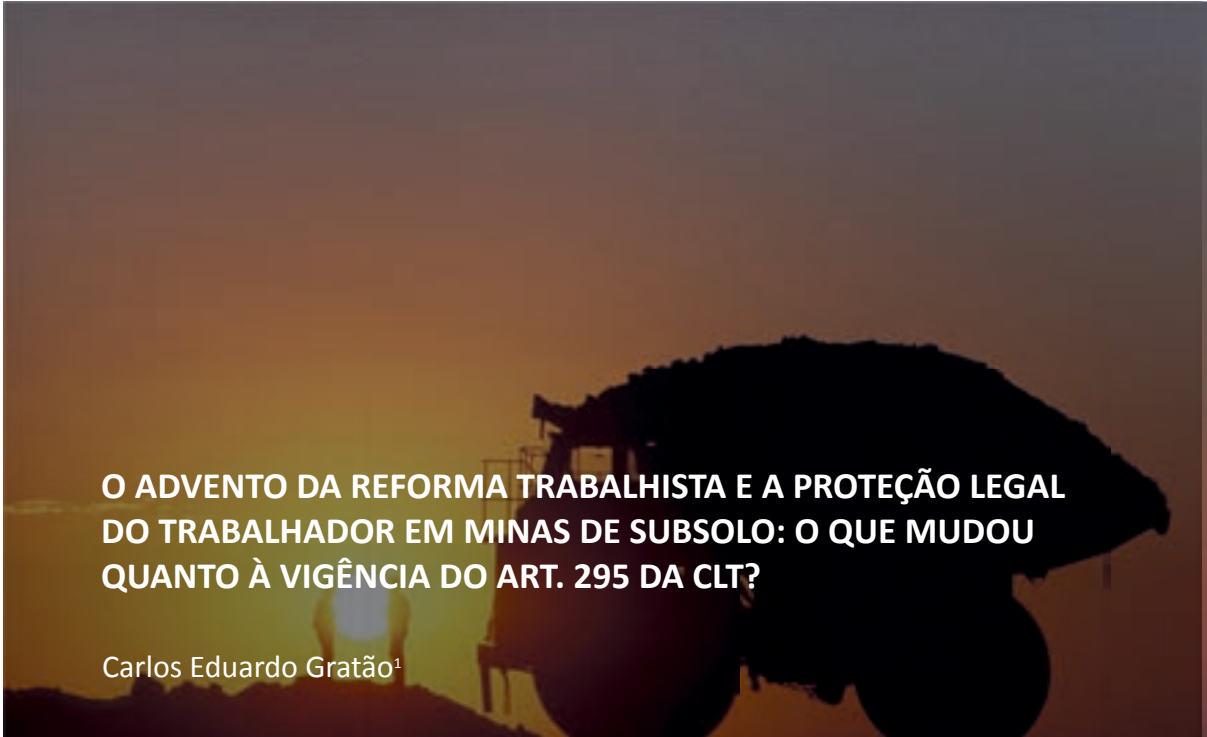
Cabe a cada Magistrado decidir a toga que envergará. A da cor do ébano, que abre a porta para a Justiça, ou a de marfim, que conduz ao labirinto das ilusões perdidas. As vestes estão lançadas.

Convidamos o leitor a, juntos, escrevermos o final desse artigo. Não podemos mudar o lugar de onde viemos, mas podemos escolher para onde vamos.

A história que será contada no futuro ainda está sendo escrita, como se fossem páginas em branco preenchidas, diariamente, em cada fórum do Brasil. Resta-nos, então, a esperança de que os escritores das próximas gerações poderão contar sobre um tempo em que juízes destemidos ressignificaram o sentido da palavra Cidadania, abrindo as portas do Judiciário para todos aqueles que dele precisam, seja qual for a sua origem social ou capacidade econômica. Não há novos caminhos. Mas existem novas formas de caminhar.

REFERÊNCIAS

- AMADO, Jorge. **Capitães da Areia**. Rio de Janeiro: Record, 1995 - <http://www.jorgeamado.org.br/>.
- ALMEIDA, Manuel Antônio de. **Memórias de um sargento de milícias**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011 - http://objdigital.bn.br/Acervo_Digital/Livros_eletronicos/milicias.pdfv- em 20.10.2020.
- ASSARÉ, Patativa do. **Antologia poética**. Gilmar de Carvalho (org). 8ª ed. Fortaleza: Fundação Demócrito Rocha, 2015.
- ASSIS, Joaquim Maria Machado de. **O astrólogo**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1985. p. 1027-1028. (Obra completa. v. 3).
- AZEVEDO, Aluísio. **Casa de Pensão**. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- EMICIDA; CRIOLO. Dedo na ferida.
- DEDO NA FERIDA. Compositores: Leandro Roque de Oliveira; Renan Samam. Intérpretes: Emicida; Criolo. 2013.
- FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3. ed., São Paulo: Globo, 2001.
- GABRIEL O PENSADOR. [Compositor e intérprete]: Sem crise. OneRPM, 2012.
- LIMA BARRETO, Afonso Henrique de. **Contos de Lima Barreto**. Fundação Biblioteca Nacional. disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bn000130.pdf>. Acesso em: 20 out2020.
- LOBATO, José Bento Renato Monteiro. **Fábulas**. 4. ed , São Paulo: Brasiliense, 1973.
- MARTINS PENA, Luís Carlos. **O Juiz de paz da roça**. Fundação Biblioteca Nacional. disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bn000103.pdf>. Acesso em: 20.10.2020.
- MATOS, Gregório de. **Poemas escolhidos**. Seleção e organização: José Miguel Wisnik. São Paulo: Companhia das Letras, 2010..
- RAMOS, Graciliano. **São Bernardo**. 98. ed., Rio de Janeiro: Record, 2014.
- RAMOS, Graciliano. **Vidas secas**. 140. ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Record, 2019.
- RODRIGUES, Nélon Falcão. **Asfalto Selvagem: engraçadinha, seus pecados e seus amores**. São Paulo: Agir, 2008. Disponível em: - https://www.academia.edu/36583009/Asfalto_Selvagem_Nelson_Rodrigues. Acesso em: 20 out2020.
- ROSA, João Guimarães. **Grande Sertão: Veredas**. São Paulo: Nova Aguilar. 1994.
- SUASSUNA, Ariano Vilar. **A Pena e a Lei**. São Paulo: Agir Editora, 2005.
- VIRGÍLIO. **Eneida**. Trad. José Victorino Barreto Feio e José Maria da Costa e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2004



O ADVENTO DA REFORMA TRABALHISTA E A PROTEÇÃO LEGAL DO TRABALHADOR EM MINAS DE SUBSOLO: O QUE MUDOU QUANTO À VIGÊNCIA DO ART. 295 DA CLT?

Carlos Eduardo Gratão¹

Resumo

O artigo trata do aparente conflito de normas entre o art. 295 da CLT, que protege o trabalho humano realizado em minas de subsolo, e o art. 611-A, XIII, também da CLT, inserido pela Lei nº 13.467/2017, a chamada “Reforma Trabalhista”. Essa Lei prevê o “negociado sobre o legislado” autorizando a prorrogação da jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do (então) Ministério do Trabalho. A interpretação dos mencionados dispositivos legais à luz da Constituição Federal, da Convenção nº 176 da OIT, dos critérios de interpretação da LINDB e da teoria de conflito de normas indica que prevalece vigente o art. 295 da CLT.

Palavras-chave: Trabalho em mina de subsolo. Prorrogação de jornada. Reforma trabalhista. Vigência do art. 295 da CLT.

Introdução

A Lei nº 13.467/2017, a chamada “Reforma Trabalhista”, adveio repleta de controvérsias envolvendo, de um lado, a alegada segurança jurídica para favorecer o ambiente de negócios e, de outro, a alegada redução do nível de proteção do trabalhador

1 Juiz do Trabalho substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região (Goiás). Pós-graduação em Direito e Processo do Trabalho.

empregado.

Nesse passo, muito se questionou – e ainda se questiona – sobre a prevalência do “negociado sobre o legislado”, expressão largamente utilizada para designar a prevalência de normas estabelecidas em convenção coletiva de trabalho ou em acordo coletivo de trabalho sobre a legislação de proteção ao trabalho humano, ainda que aquelas normas limitem ou reduzam o nível de proteção previsto na legislação.

Isso porque o novo artigo 611-A da CLT tratou da prevalência das normas coletivas sobre a Lei quando dispuserem sobre os temas dispostos nos seus incisos, ao passo que o art. 611-B também da CLT estabeleceu o que seria, exclusivamente, objeto ilícito para fins de apreciação das normas coletivas pelo Judiciário.

Dentre as várias normas contidas nos incisos do art. 611-A da CLT destaca-se a prevista no inciso XIII, que trata da prorrogação da jornada de trabalho em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do (então) Ministério do Trabalho. É dizer, estaria a norma coletiva autorizada a tratar dessa prorrogação mesmo sem prévia licença das

autoridades competentes, prevalecendo o pactuado acima da Lei.

Contudo, em relação ao trabalho realizado em minas de subsolo, no art. 295 da CLT, há disposição expressa exigindo a prévia autorização da autoridade em matéria de higiene do trabalho.

E aqui se insere o objetivo deste texto: fazer uma breve interpretação da legislação trabalhista brasileira para verificar a revogação ou não do art. 295 da CLT à luz do art. 611-A, XIII, da CLT.

A Lei nº 13.467/2017 revogou o art. 295 da CLT?

Desde sua concepção original, a CLT previu no seu Título III (Das Normas Especiais de Tutela do Trabalho) o Capítulo I (Das Disposições Especiais Sobre Duração e Condições de Trabalho) e este por sua vez dividido em diversas seções, cada uma delas direcionada a uma categoria profissional, com regulamentações específicas considerando a singularidade da prestação de trabalho. Dentro dessas seções, está a Seção X, que trata do trabalho em minas de subsolo.

No que importa para o presente texto, desde a redação original da CLT os arts. 293 e 295 da CLT não foram alterados, ainda que algumas das outras seções do Capítulo I tenham passado por alterações legislativas ao longo do tempo.

Tais dispositivos legais preveem a duração da jornada de trabalho dos empregados em minas no subsolo, sendo a regra a duração de até seis horas diárias (e trinta e seis horas semanais), e como exceção a jornada de até oito horas diárias (ou quarenta e quatro semanais, já com a limitação imposta pela Constituição Federal, art. 7º, XIV:

Art. 293 - A duração normal do trabalho efetivo para os empregados em minas no subsolo não excederá de 6 (seis) horas diárias ou de 36 (trinta e seis) semanais.
(...)

Art. 295 - A duração normal do trabalho efetivo no subsolo poderá ser elevada até 8 (oito) horas diárias ou 48 (quarenta e oito)

semanais, mediante acordo escrito entre empregado e empregador ou contrato coletivo de trabalho, **sujeita essa prorrogação à prévia licença da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho.**

Parágrafo único - A duração normal do trabalho efetivo no subsolo poderá ser inferior a 6 (seis) horas diárias, por determinação da autoridade de que trata este artigo, tendo em vista condições locais de insalubridade e os métodos e processos do trabalho adotado. (BRASIL, 1943).

A norma estabelece a possibilidade de prorrogação da jornada para oito horas, mas dispõe ser indispensável a autorização prévia da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho, atualmente a cargo da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, conforme Lei nº 13.844/2019 (conversão da MP nº 870/2019).

Na jurisprudência trabalhista, ainda que anterior ao advento da Lei nº 13.467/2017, o C. TST tem entendimento pacífico no sentido de ser inválida norma coletiva que prorroga jornada de trabalho em mina de subsolo sem autorização prévia da autoridade competente:

RECURSO DE EMBARGOS EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI Nº 11.496/2007. REGIME DE COMPENSAÇÃO/PRORROGAÇÃO DE JORNADA. ATIVIDADE INSALUBRE. TRABALHO EMINASDESUBSOLO.AUSÊNCIADELICENÇA PRÉVIA DA AUTORIDADE COMPETENTE EM SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHADOR. NORMA COLETIVA. INVALIDADE DO AJUSTE. O cancelamento da Súmula nº 349 do TST, por meio da Resolução nº 174/2011, decorreu do entendimento desta Corte Superior quanto à imprescindibilidade da licença da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho para a formalização do acordo coletivo de prorrogação/compensação de jornada em atividade insalubre. O exercício da autonomia sindical coletiva deve se adequar aos parâmetros mínimos correspondentes aos direitos assegurados em norma de natureza imperativa e que, por isso mesmo, não se encontram sob a égide da negociação atribuída ao sindicato. Nesse contexto, a liberdade negocial assegurada às partes, em matéria de saúde, higiene e segurança do trabalhador, encontra limite no disposto no

artigo 7º, XXII, da Constituição Federal. De acordo com o artigo 60 da CLT, as prorrogações da jornada de trabalho nas atividades insalubres só poderão ser ajustadas mediante licença prévia da autoridade sanitária, pois somente esta possui conhecimento técnico e científico para avaliar os efeitos nocivos à saúde do empregado e verificar a possibilidade de aumentar seu tempo de exposição aos agentes insalubres. Do mesmo modo, o artigo 295 da CLT, que dispõe acerca da jornada de trabalho em minas de subsolo, tendo em vista o caráter penoso e insalubre dessa atividade, condicionou a prorrogação da duração normal do labor à prévia licença da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho. No caso, a autorização prevista no mencionado preceito - que não pode ser substituída por norma coletiva, conforme iterativa e notória jurisprudência desta Corte - não existe. Portanto, correta a decisão embargada que invalidou o acordo de compensação. Precedentes desta Subseção.

coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

(...)

XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, **sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho** (BRASIL, 2017).

Trata-se do chamado “negociado sobre o legislado”, nomenclatura dada por aqueles que defendem a prevalência da norma coletiva em relação à Lei, como ensina DELGADO; DELGADO (2018, p. 80).

Essa linha de pensamento invoca o art. 611-A, XIII, da CLT para defender tanto o afastamento do art. 295 da CLT numa interpretação sistemática, prevalecendo aquele dispositivo, quanto a revogação deste, ou seja, a possibilidade de pactuar na norma coletiva a prorrogação de jornada do trabalhador em mina de subsolo sem

“Convém registrar, neste ponto, que a prática revela que nos inúmeros processos movidos em face das empresas mineradoras não há juntada da licença prévia aos autos, embora desde sempre houvesse, por meio de norma coletiva, a prorrogação da jornada de trabalho para oito horas diárias (e em alguns casos até 12 horas de trabalho).”

Recurso de embargos de que não se conhece. (TST-E-ED-RR-3319-98.2010.5.12.0055, Relator Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 24/06/2016) (BRASIL, 2016)

E assim também em recentes julgados, embora a controvérsia não tenha sido debatida após a vigência da Lei nº 13.467/2017: AIRR-10035-08.2014.5.05.0311, 2ª Turma, Relator Ministro Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 26/10/2018; AIRR-66-34.2015.5.03.0102, 3ª Turma, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 24/08/2018; e AIRR-920-31.2012.5.05.0311, 2ª Turma, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 22/03/2019.

Porém, a Lei nº 13.467/2017 introduziu na CLT o art. 611-A, inciso XVIII, que tem a seguinte redação:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo

que haja autorização prévia da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho.

Convém registrar, neste ponto, que a prática revela² que nos inúmeros processos movidos em face das empresas mineradoras não há juntada da licença prévia aos autos, embora desde sempre houvesse, por meio de norma coletiva, a prorrogação da jornada de trabalho para oito horas diárias (e em alguns casos até 12 horas de trabalho).

Contudo, em que pese a defesa do art. 611-A, XIII, da CLT, a interpretação da legislação trabalhista, como um sistema,

2 Atuando há mais de dois anos na Vara do Trabalho de Uruaçu, Goiás (TRT-18), cuja jurisdição abrange 31 municípios e em alguns deles o ramo da mineração é o principal vetor econômico, em nenhum processo judicial foi constatada a existência da autorização prévia prevista pelo art. 295 da CLT. Mesmo nos processos que já estão na fase de execução, e por isso mais antigos, não se constata a juntada.

indica a plena vigência do art. 295 da CLT, passando pela interpretação sistemática de alguns dispositivos legais e constitucionais e valendo-se ainda da teoria de solução de conflito de normas.

Como ponto de partida, diz o art. 2º, caput e § 1º, da LINDB:

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior (BRASIL, 1942).

O art. 611-A, de fato, é posterior ao art. 295, ambos da CLT, porque teve origem na Lei nº 13.467/2017. Mas, esta Lei não é hierarquicamente superior à CLT, porque ambas são leis ordinárias (ainda que na sua gênese, a CLT seja um Decreto-Lei; mas, é equiparada à lei ordinária – e recepcionada pela Constituição Federal como tal).

Porém, o art. 611-A, XIII, da CLT **não** regulou inteiramente a matéria de que trata o art. 295 da CLT (lei anterior), porque não tratou do trabalho em mina de subsolo, nem tampouco expressamente o revogou.

Nesse passo, quanto à possível incompatibilidade entre tais normas, esse impasse deve ser solucionado pelo **critério da especialidade**.

Na esteira do que ensina a mais abalizada doutrina sobre as antinomias e os critérios de solução do conflito de normas, o jurista Norberto Bobbio (1995, p. 95) apresenta os critérios cronológico, hierárquico e da especialidade.

Especificamente quanto à especialidade, o doutrinador italiano ensina que a Lei geral não derroga a Lei especial, não só por uma exigência fundamental de justiça mas também por ser um processo de desenvolvimento do ordenamento jurídico:

O terceiro critério, dito justamente da *lex specialis*, é aquele pelo qual, de duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial

(ou excepcional), **prevalece a segunda: *lex specialis derogat generali***. Também aqui a razão do critério não é obscura: lei especial é aquela que anula uma lei mais geral, ou que subtrai de uma norma uma parte da sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente (contrária ou contraditória). **A passagem de uma regra mais extensa (que abrange um certo *genus*) para uma regra derogatória menos extensa (que abrange uma *species* do *genus*) corresponde a uma exigência fundamental de justiça, compreendida como tratamento igual das pessoas que pertencem à mesma categoria**. A passagem da regra geral à regra especial corresponde a um processo natural de diferenciação de categorias, e uma descoberta gradual, por parte do legislador, dessa diferenciação. Verificada ou descoberta a diferenciação, a persistência na regra geral importaria no tratamento igual de pessoas que pertencem a categorias diferentes, e, portanto, numa injustiça. Nesse processo de gradual especialização, operado através de leis especiais, encontramos uma das regras fundamentais de justiça, que é a do *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu). **Entendeu-se, portanto, por que a lei especial deva prevalecer sobre a geral: ela representa um momento ineliminável do desenvolvimento de um ordenamento. Bloquear a lei especial frente a geral significaria paralisar esse desenvolvimento**”(Grifo nosso) (BOBBIO, 1995, p. 95).



Com efeito, o art. 611-A, XIII, da CLT não é norma específica ou especial em relação ao art. 295 da CLT, porque tratou de aspectos gerais sobre norma coletiva, como se vê no próprio caput do art. 611-A.

É dizer, o art. 295 da CLT é que se apresenta como norma especial em relação ao art. 611-A, XIII, da CLT, justamente por tratar do trabalho em minas de subsolo. A propósito, como já registrado aqui, o art. 295 da CLT se encontra no Título III (**Das Normas Especiais de Tutela do Trabalho**) o Capítulo I (**Das Disposições Especiais Sobre Duração e Condições de Trabalho**).

E por esse motivo não foi derogado pela inovação legislativa da Lei nº 13.467/2017, que se apresentou como norma genérica a reger outro instituto jurídico.

Por isso, a situação jurídica faz incidir outra norma, a do § 2º do art. 2º da LINDB:

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

(...)

§ 2º **A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior** (BRASIL, 1942)

Mas, a discussão jurídica não para por aqui.

Por um terceiro aspecto do Direito brasileiro, defende-se que o art. 611-A, XIII, da CLT não se sobrepõe ao art. 295 da mesma Lei, justamente porque este dispositivo legal tem ancorado em si a força das normas de direitos humanos, que protegem o trabalho humano, previstas na Convenção nº 176 da OIT, sobre Segurança e Saúde nas minas, ratificada pelo Estado brasileiro por meio do Decreto n. 6.270, de 22.11.2007 – e consolidada pelo Decreto nº 10.088/2019.

A propósito, por força do julgamento proferido pelo E. STF no RE 466.343 com repercussão geral, os tratados internacionais de direitos humanos que não foram ratificados pelo rito especial previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal têm força normativa supralegal, estando acima das leis infraconstitucionais.

Nesse passo, a Convenção nº 176 da OIT, sobre Segurança e Saúde nas minas, prevê em mais de uma passagem a necessidade da inspeção, prévia ou não, das autoridades nacionais encarregadas de fiscalização das normas de segurança e saúde, como, p. ex., os arts. 5º, parágrafos 1 e 2, b, e; 13, parágrafos 1 e 2; 16, b. Destaca-se:

Artigo 5º

1. As leis e normas nacionais, mencionadas no Parágrafo 1º do Artigo 4º, deverão indicar a autoridade competente responsável pela vigilância e regulamentação dos diversos aspectos da segurança e da saúde nas minas.

2. Essas leis e normas nacionais deverão conter disposições relativas a:

a) vigilância da segurança e da saúde nas minas;

b) inspeção das minas por inspetores para tal designados pela autoridade competente. (...)

e) faculdade da autoridade competente de suspender ou restringir, por motivos de segurança e saúde, as atividades de mineração, enquanto não se corrigirem as condições causadoras da suspensão ou da restrição:

(...)

Artigo 13

1. As leis e normas nacionais, a que se refere o Artigo 4º, deverão conferir aos trabalhadores o direito de:

a) notificar o empregador e a autoridade competente sobre acidentes, incidentes perigosos e riscos;

b) pedir e obter, quando houver motivo de preocupação em matéria de segurança e saúde, que o empregador e a autoridade competente promovam inspeções e investigações:

(...)

2. Os representantes de segurança e saúde a que se refere o item f) do Parágrafo anterior deverão ter, de conformidade com as leis e normas nacionais, o direito de:

b) i) participar de inspeções e investigações realizadas pelo empregador e pela autoridade competente no local de trabalho e

ii) supervisionar e investigar assuntos relativos à segurança e à saúde;

(...)

Artigo 16

O Estado-membro deverá:

a) adotar todas as providências necessárias, inclusive as devidas sanções e medidas corretivas, para garantir a efetiva aplicação das disposições desta Convenção e

b) **prover adequados serviços de inspeção para supervisionar a aplicação das medidas que devam ser adotadas por força da Convenção e dotá-los dos recursos necessários para o cumprimento de suas missões** (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1995)

Logo, a inspeção da autoridade competente não se afigura uma filigrana legislativa, mas verdadeira norma de proteção do trabalho humano realizado em minas de subsolo.

Diante desse panorama, seja por força da teoria de solução de conflitos de normas da lição de BOBBIO (1995, p. 95), seja por força do art. 2º, § 2º, da LINDB, seja ainda por força das normas de direitos humanos, que protegem o trabalho humano, previstas na Convenção 176 da OIT, não há falar em derrogação do art. 295 da CLT.

Não bastasse isso, a redação atual do art. 60 da CLT (dada pela Lei nº 13.467/2017), destinado a regular a prorrogação de horários

entrarão em entendimento para tal fim. Parágrafo único. Excetuam-se da exigência de licença prévia as jornadas de doze horas de trabalho por trinta e seis horas ininterruptas de descanso (BRASIL, 2017).

É importante destacar que, ainda que o art. 7º, XXVI, da Constituição da República reconheça a validade das convenções e acordos coletivos, isso não significa que o conteúdo do pactuado esteja fora da apreciação jurisdicional, desrespeitando a Lei e a própria Constituição da República.

Além disso, não se pode interpretar isoladamente nem o inciso XXVI do art. 7º da CF, nem tampouco o inciso XIII do art. 611-A da CLT, sem que se leve em consideração o caput do art. 7º da CF: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”, a revelar que os direitos sociais consagram melhorias de vida da classe trabalhadora.

“É importante destacar que, ainda que o art. 7º, XXVI, da Constituição da República reconheça a validade das convenções e acordos coletivos, isso não significa que o conteúdo do pactuado esteja fora da apreciação jurisdicional, desrespeitando a Lei e a própria Constituição da República.”

de trabalho para atividades insalubres em geral, reforça a necessidade de inspeção prévia do Ministério da Economia (ou de quem lhe faça as vezes) para a validação dos instrumentos coletivos que dispuserem sobre o tema, com uma única exceção:

Art. 60 - Nas atividades insalubres, assim consideradas as constantes dos quadros mencionados no capítulo “Da Segurança e da Medicina do Trabalho”, ou que neles venham a ser incluídas por ato do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, **quaisquer prorrogações só poderão ser acordadas mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho**, as quais, para esse efeito, procederão aos necessários exames locais e à verificação dos métodos e processos de trabalho, quer diretamente, quer por intermédio de autoridades sanitárias federais, estaduais e municipais, com quem

A propósito, na lição de Mauricio Godinho Delgado e de Gabriela Neves Delgado:

A negociação coletiva trabalhista é importante veículo de melhoria e aperfeiçoamento das condições de contratação e gestão trabalhistas no âmbito das empresas e dos estabelecimentos. É mecanismo que se ajusta, sem dúvida, à estrutura e lógica jurídicas do Estado Democrático de Direito. Pouco incentivada no Brasil, relativamente ao período anterior à Constituição de 1988, foi por esta nova Constituição promovida e impulsionada.

Nesse impulso e promoção da negociação coletiva trabalhista (art. 7º, VI, XIII e XXVI, CF), a Constituição da República sempre manteve o seu foco jurídico na construção de uma ‘sociedade livre, justa e solidária’ (art. 3º, I, CF), fundada na ‘cidadania’ (art. 1º, II,

CF), na 'dignidade da pessoa humana' (art. 12, III, CF) e nos 'valores sociais do trabalho e da livre iniciativa' (art. 1º, IV, CF). Firmemente, objetiva a Constituição da República 'garantir o desenvolvimento nacional' (art. 3º, II), 'erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais' (art. 3º, III), a par de 'promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação' (art. 3º, IV)" (DELGADO; DELGADO, 2018, p. 275).

Importante lembrar que a discussão ainda tem amparo no inciso XXII do mesmo art. 7º da CF, que prevê a "redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança". (BRASIL, 1988)

Nesse passo, embora o art. 8º, § 3º, em conjunto com o art. 611-B ambos da CLT tenham aparentemente limitado o campo de apreciação da Justiça do Trabalho a respeito das convenções coletivas ou acordos coletivos de trabalho, eles não têm o condão de afastar o acesso à justiça previsto no art. 5º, XXXV, da CF, nem tampouco de afastar o próprio art. 104 do CC, que prevê que o negócio jurídico deve observar a licitude do objeto.

É que no âmbito dos direitos sociais trabalhistas a licitude do objeto diz respeito tanto à promoção da dignidade humana quanto à limitação da autonomia privada à luz da legislação de proteção do trabalho humano, esteja ela consagrada na Constituição ou em tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro, ou mesmo na Lei ou em atos normativos infralegais, como é o caso das NRs – Normas Regulamentadoras do Ministério da Economia.

Aliás, muito se defendeu quando da discussão no Parlamento brasileiro sobre a necessidade de se dar maior autonomia à negociação das partes (empregados e empregadores), mas, mesmo no Direito Civil, o conteúdo do contrato pode ser objeto de apreciação judicial quando uma das partes se sentir lesada, como se vê nas expressas disposições legais dos arts. 317 e 478 e, ainda, com substrato axiológico nos arts. 104, 421 e 422 todos do Código Civil.

A este respeito muito calha trazer ao debate as sempre presentes lições do jurista Carlos Maximiliano, no sentido de que a

interpretação do Direito não pode conduzir ao absurdo:

Preocupa-se a Hermenêutica, sobretudo depois que entraram em função de exegese os dados da Sociologia, com o **resultado** provável de cada interpretação. Toma-o em alto apreço; orienta-se por ele; varia tendo-o em mira, quando o texto admite mais de um modo de o entender e aplicar. Quanto possível, evita uma consequência incompatível com o bem geral; adapta o dispositivo às ideias vitoriosas entre o povo em cujo seio vigem as expressões de Direito sujeitas a exame.

Prefere-se o sentido conducente ao resultado mais razoável, que melhor corresponda às necessidades da prática, e seja mais humano, benigno, suave.

E antes de crer que o legislador haja querido exprimir o conseqüente e adequado à espécie do que o evidentemente injusto, descabido, inaplicável, sem efeito. Portanto, dentro da letra expressa, procure-se a interpretação que conduza a melhor consequência para a coletividade.

Deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que ordem legal envolva um **absurdo**, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que tome aquela sem efeito, inócua, ou este, juridicamente nulo.

Releva acrescentar o seguinte: "É tão defectivo o sentido que deixa ficar sem efeito (a lei), como o que não faz produzir efeito senão em hipóteses tão gratuitas que o legislador evidentemente não teria feito uma lei para preveni-las". Portanto a exegese há de ser de tal modo conduzida que explique o texto como não contendo superfluidades, e não resulte um sentido contraditório com o fim colimado ou o caráter do autor, nem conducente a conclusão Física ou moralmente impossível.

Desde que a interpretação pelos processos tradicionais conduza a injustiça flagrante, incoerências do legislador, contradição consigo mesmo, impossibilidades ou absurdos, deve-se presumir que foram usadas expressões impróprias, inadequadas, e buscar um sentido equitativo, lógico e acorde com o sentir geral e o bem presente e futuro da comunidade (MAXIMILIANO, 2011, p. 174-175).

E arremata:

O Direito é um meio para atingir os fins colimados pelo homem em atividade; a sua função é eminentemente social, construtora; logo não mais prevalece o seu papel antigo de entidade cega, indiferente às ruínas que inconscientemente ou conscientemente possa espalhar. (MAXIMILIANO, 2011, p. 177).

Nesse sentido, para além dos argumentos jurídicos, deve-se levar em consideração se o resultado da interpretação jurídica, socialmente falando, fomentará a redução das desigualdades sociais à luz do art. 3º da CF e promoverá a melhoria da condição social do trabalhador, art. 7º da CF.

Nesse passo, vigente e intacto o art. 295 da CLT, se a pactuação normativa que prorrogou a jornada de trabalho para além de seis horas diárias não estiver lastreada na autorização prévia da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho, a sua nulidade é medida imperiosa que se impõe, forte nos arts. 9º e 295 da CLT, sem que haja violação do art. 611-A, XIII, também da CLT.

Conclusão

Conforme exposto, em que pese a Lei nº 13.467/2017 tenha alterado sensivelmente a CLT e previsto que a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a Lei em algumas situações, seja por uma interpretação sistemática, seja pela interpretação do art. 2º, § 2º, da LINDB e alicerçado na teoria de solução de conflitos de normas, seja ainda na própria Constituição Federal e na Convenção 176 da OIT, não há falar na revogação do art. 295 da CLT, que exige autorização prévia da autoridade competente para a prorrogação de jornada.

Nesse passo, prevalece plenamente vigente o art. 295 da CLT, que visa proteger o trabalho humano realizado em minas de subsolo, alinhado às diretrizes estabelecidas nos arts. 1º, III, 3º, I e III, 7º, caput e XXII, todos da Constituição Federal.

Logo, nada mudou quanto à proteção do trabalho humano prevista no art. 295 da CLT.

Referências

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Apresentação: Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Tradução: Maria Celeste C. J. Santos. Revisão técnica: Cláudio de Cicco. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 out. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 19 out. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 19 out. 2020.

BRASIL. Lei 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 jul. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 18 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de instrumento em recurso de revista nº 10035-08.2014.5.05.0311 – Distrito Federal. Relator: Ministro Jose Roberto Freire Pimenta. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em: 19 out. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de instrumento em recurso de revista nº 66-34.2015.5.03.0102 – Distrito Federal. Relator: Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em:


19 out. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de instrumento em recurso de revista nº 920-31.2012.5.05.0311 – Distrito Federal. Relatora: Ministra Maria Helena Mallmann. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em: 19 out. 2020.

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.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **C176 – Convenção sobre segurança e saúde nas minas**. OIT, 1995. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236694/lang-pt/index.htm. Acesso em: 16 nov. 2020.



TRABALHO INTERMITENTE: A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL E A RUPTURA DE PARADIGMAS DO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO

Pedro Guimarães Vieira¹

Resumo

O objetivo do presente artigo é analisar o instituto do trabalho intermitente, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 13.467/2017. Inicialmente, examina-se o contexto político-econômico e social que orientou a produção legislativa conhecida como Reforma Trabalhista. Posteriormente, realiza-se um estudo comparativo de institutos análogos existentes no Direito europeu, em especial em Portugal, Espanha, França, Itália, Alemanha e Reino Unido, destacando as semelhanças e diferenças com o trabalho intermitente regulamentado no Brasil. Após, são traçadas as principais características do trabalho intermitente e apontados as rupturas com os princípios e normas previamente existentes no Direito do Trabalho brasileiro.

Palavras-chave: Trabalho Intermitente. Reforma Trabalhista. Direito do Trabalho. Pressupostos da Relação de Emprego. Experiência Internacional.

1 Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Analista Judiciário do TRE-MG (2016-2018). Analista Judiciário do TRT-12 (2014-2016). Pós Graduado em Direito do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes (2016). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2014).

Introdução

O presente artigo visa a analisar o trabalho intermitente, inovação trazida pela Lei nº 13.467/2017 para o Direito do Trabalho brasileiro. Trata-se de instituto jurídico que tem por escopo promover a modernização das relações de trabalho e dinamizar a economia, conforme consta da própria exposição de motivos do projeto de lei que originou a Reforma Trabalhista (VEYGA, 2018, p. 35).

O instituto jurídico analisado encontra elementos de semelhança com formas de contrato de trabalho existentes em outros ordenamentos jurídicos. Sua inserção no Brasil, contudo, traz mudanças e diversos questionamentos, modificando elementos inerentes à relação de emprego.

De modo a cumprir seu objetivo analítico, este trabalho está dividido em seis partes, incluindo-se esta introdução. O segundo tópico expõe o contexto político-econômico e social brasileiro, fonte material que levou à positivação do trabalho

intermitente no Brasil. Investigam-se, para tanto, os Relatórios produzidos pelo Poder Legislativo acerca do tema.

A terceira parte analisa a experiência de outros países com institutos jurídicos que guardam alguma proximidade com o trabalho intermitente brasileiro. São examinadas, em especial, as previsões legislativas de Portugal, da Espanha, da Itália, da França, da Alemanha e do Reino Unido.

O quarto tópico procura conceituar o trabalho intermitente, apresentando os requisitos trazidos pela Lei nº 13.467/2018 e buscando diferenciá-lo de outros institutos existentes na ordem jurídica interna, a saber, o contrato por prazo determinado, o contrato temporário e o contrato por jornada de tempo parcial.

O quinto item apresenta as incompatibilidades entre as normas e princípios clássicos de Direito do Trabalho e o instituto do trabalho intermitente. Enfoca-se, outrossim, interpretações para evitar essa quebra de paradigma ou mesmo para compatibilizar o instituto sob análise com as premissas básicas do Direito do Trabalho.

Por fim, a sexta parte apresenta as conclusões do presente trabalho.

REFORMA TRABALHISTA. CONTEXTO SÓCIO-POLÍTICO E ECONÔMICO.

O contexto de estagnação econômica (ALVARANGA; SILVEIRA, 2020); (AMORIM, 2020) e a instabilidade política² vivida pelo Brasil desde 2014 exigiam do governo atuação

2 Em 2015, o Brasil enfrentava o processo de impeachment da Presidente Dilma Roussef. Em 02/12/2015, a Presidência da Câmara dos Deputados autorizou o processamento da denúncia oferecida, o que levou ao exame da autorização à instauração do processo de impeachment (art. 86 CF). Posteriormente, ao longo de 2016, o processo de impeachment instaurado foi examinado pelo Senado Federal, culminado no reconhecimento da perda do cargo pela Presidente Dilma Roussef (art. 52, Parágrafo Único, CF) em 31/08/2016.

concreta para atender aos anseios pela retomada do crescimento do país. As taxas de inflação acima das metas macroeconômicas, a elevação do percentual de desempregados (FOLHA DE SÃO PAULO, 2020) e a retração nos investimentos agravaram-se ao longo de 2015 e 2016.

A partir de então, devido a mudanças ocorridas na chefia do Poder Executivo, houve um avanço de ideias liberais na condução da agenda econômica do governo e em diversos segmentos do Congresso Nacional. Os governantes vislumbraram a necessidade de modernização das relações de trabalho e da legislação vigente no país, de modo a diminuir os custos da produção, alavancar investimentos e promover o desenvolvimento nacional.³

Esse contexto político-econômico serviu de fonte material para o Projeto de Lei nº 6.787/2016, que posteriormente resultaria na Lei nº 13.467/2017. As motivações de ordem econômica e social da referida atuação legislativa – retomada dos investimentos e do desenvolvimento nacional, grau de informalidade no mercado de trabalho e taxas de desemprego – constaram do Relatório da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6.787/2016 (RELATÓRIO, 2017, p. 18).

Ademais, a necessidade de modernização e adequação das relações de emprego às novas tecnologias e às novas dinâmicas e necessidades empresariais também motivou a proposta de alteração legislativa. Nesse sentido Projeto de Lei nº 6.787/2016 consistia em “uma tentativa de colocar o nosso País entre as nações mais modernas do mundo, estamos propondo a regulamentação de alguns desses ‘novos’ modelos de contratação, os quais, diga-se,

3 Para maiores informações sobre o contexto que motivou a edição da Reforma Trabalhista, além do exame dos efeitos produzidos pelas novas normas após 1 ano e meio de sua entrada em vigor, Cf. <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/05/reforma-trabalhista-nao-cria-novas-vagas-e-defensores-culpam-crise.shtml>. Acessado em 12/05/2019.

já deveriam estar sendo adotados há muito. São modelos que buscam uma nova forma de relacionamento entre empregados e empregadores, com a finalidade última de aumentar o número de pessoas no mercado de trabalho formal” (RELATÓRIO, 2017, p. 41).

Os objetivos de ordem econômica e social permearam, outrossim, a introdução na ordem jurídica do trabalho intermitente (VEYGA, 2018, p. 35). Esse instituto possibilitaria a ampliação de postos de trabalho e a redução do número de desemprego no país, conforme menção do Relatório da Comissão Especial, que estimou que essa modalidade contratação pudesse gerar “cerca de catorze milhões de postos de trabalho formais no espaço de dez anos.” (RELATÓRIO, 2017, p. 50)

p. 39).

Além disso, conforme evidenciado no aludido Relatório, a regulamentação dessa forma de trabalho que atende às necessidades atuais da atividade empresarial, contribuiriam para a atração de novos investimentos e, conseqüentemente, para a retomada do crescimento econômico.

A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL. INSTITUTOS SEMELHANTES AO TRABALHO INTERMITENTE.

Nos ordenamentos jurídicos europeus, há normas que regulam institutos semelhantes ao trabalho intermitente brasileiro. Assim, pretende-se, na presente seção, realizar um estudo comparativo das

“O trabalho intermitente foi concebido como um instituto jurídico que poderia contribuir para a diminuição das taxas de desemprego e para o combate à informalidade no mercado de trabalho”.

Desse modo, a introdução do trabalho intermitente no Projeto de Lei que resultou na Lei nº 13.467/2017 está em consonância com os propósitos gerais que levaram à alteração legislativa em comento. O trabalho intermitente foi concebido como um instituto jurídico que poderia contribuir para a diminuição das taxas de desemprego e para o combate à informalidade no mercado de trabalho. Assim, sob a perspectiva que orientou a atuação do Congresso Nacional, eventuais atividades anteriormente desenvolvidas sem a constituição de uma relação de emprego – como a contratação de garçons para trabalhar em eventos que ocorrem apenas nos finais de semana – passariam a ser formalizados por meio de um contrato de trabalho intermitente, assegurando-se ao trabalhador as proteções sociais previstas na Constituição e na legislação infraconstitucional (VEYGA, 2018,

previsões normativas existentes em Portugal, na Espanha, na Itália, na França, na Alemanha e no Reino Unido. O objetivo é identificar as semelhanças e as diferenças com as normas constantes da Lei nº 13.467/2017, que serão abordadas no tópico subsequente.

PORTUGAL

O Código do Trabalho Português de 2009 traz uma normatização detalhada sobre o tema em seus artigos 157 a 160.⁴ A conceituação do instituto é feita a partir da atividade empresarial, que deve ser exercida “com descontinuidade ou intensidade variável”.

4 Disponível em: <http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT20032018.pdf#page=64>. Acesso em 11 mar./019.

O trabalho intermitente no Direito português poderá ocorrer sempre que a atividade econômica exercida tiver desconformidades temporais ou variações de intensidade, podendo os períodos de inatividade ser prolongados ou mais curtos, conforme as necessidades do empreendimento (MARTINEZ, 2013). Destina-se, destarte, a atividades que sejam sazonais por sua própria natureza ou que apresentem uma sazonalidade decorrente da intensidade variável da atividade – em razão de questões de mercado consumidor ou de matérias-primas (VEYGA, 2018, p. 39).

Uma importante especificidade da regulamentação portuguesa é a garantia de uma compensação retributiva mínima para os empregados durante o período de inatividade, a ser paga na mesma periodicidade da contraprestação devida nos períodos de atividade. A legislação portuguesa determina que a compensação retributiva seja fixada em norma coletiva e, em sua falta, assegure-se o percentual de 20% da contraprestação recebida durante o período de atividade.

Além disso, a legislação portuguesa prevê, sob a forma genérica de trabalho intermitente, dois modos diversos de pactuação da prestação de labor: o trabalho alternado e o trabalho a chamadas. Naquele as partes pactuam, por ocasião da celebração do contrato de trabalho, a duração da prestação do serviço, que pode ser contínua ou interpolada – hipótese em que também são previamente fixadas as datas de início e término de cada período de trabalho. Além disso, a lei estabelece que a prestação de serviços não pode ser inferior a seis meses de jornada integral por ano, devendo haver, ainda, pelo menos quatro meses consecutivos de trabalho.

No trabalho a chamadas, por sua vez, há uma maior incerteza nas datas e na duração da prestação laboral, as quais não são fixadas por ocasião da celebração do contrato de trabalho. As partes devem, contudo, estabelecer a antecedência com que

o empregador informará o empregado acerca da necessidade de seus serviços. Por exigência legal, a antecedência de comunicação mínima é de 20 dias.

A legislação portuguesa regula o trabalho intermitente de forma mais detalhada do que a Lei nº 13.467/2017, como se verá no tópico subsequente. Em virtude de sua maior abrangência e do fato de ter sido produzida recentemente – estando, pois, adequada às necessidades da sociedade atual –, existe posicionamento doutrinário que defende sua aplicação subsidiária ao Direito brasileiro, com fulcro no art. 8º, parágrafo único, da CLT (SOUZA JUNIOR *et. al.*, 2018, p. 204).

A compensação mínima ao trabalhador nos períodos de inatividade coaduna-se com a natureza retributiva do salário. Isso porque o contrato de trabalho é considerado sinalagmático em seu conjunto e não analisando parcela por parcela.

É por isso que existem hipóteses de pagamento da remuneração sem que haja a efetiva prestação de serviços pelo trabalhador, como as férias e os repousos semanais



remunerados (BARROS, 2016, p. 492). Além disso, a compensação mínima constitui forma de balancear a menor previsibilidade de renda e de horários de trabalho nessa modalidade de contratação laboral.

Ademais, a estipulação de um período mínimo de labor por ano evita que o empregado fique longos períodos sem ser convocado e, portanto, sem receber a remuneração correspondente. Para evitar essas situações de permanência do vínculo de emprego sem remuneração por longos períodos – o que constitui contradição em termos com a própria razão de ser do contrato de trabalho para o empregado (SILVA, 2018, p. 84); (DELGADO, DELGADO, 2017, p.156) –, a Medida Provisória nº 808/2017 previu a ruptura do contrato de trabalho intermitente caso não haja convocação no prazo de um ano (art. 452-D CLT).

Verifica-se também na legislação portuguesa uma preocupação com a maior previsibilidade da prestação dos serviços e da remuneração. No trabalho alternado, a fixação da duração do labor é feita já no momento da celebração do contrato. Por outro lado, o trabalho a chamada também reflete essa preocupação do legislador português, já que o prazo mínimo de antecedência para a chamada no Direito português é de 20 (vinte) dias, lapso bastante elástico em relação aos 3 (três) dias previstos pela Lei nº 13.467/2017.

ESPANHA

O Estatuto dos Trabalhadores da Espanha prevê, em seu artigo 16, o contrato fixo-descontínuo.⁵ Trata-se de modalidade contratual voltada para trabalhos que são fixos e descontínuos, cuja periodicidade, mesmo em situações de volume normal da atividade da empresa, não é passível de prefixação, pois as atividades não ocorrem em datas certas.

5 <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>. Acesso em 11 mar./019.

A imprevisibilidade é elemento essencial ao contrato fixo-descontínuo espanhol. Isso porque a legislação prevê que as atividades cuja periodicidade seja passível de pré-determinação serão objeto de um contrato de trabalho em regime de tempo parcial.

Além da exigência de forma escrita, exige-se a indicação, no contrato de trabalho fixo-descontínuo, de estimativa da duração da atividade, da jornada de trabalho e dos horários de início e término. A ordem de convocação e a forma de sua realização devem ser objeto de negociação coletiva.

O exame da regulamentação do Direito espanhol auxilia na compreensão do escopo do contrato de trabalho intermitente, sobretudo quando comparado com as demais modalidades contratuais. À semelhança do que ocorre no Direito brasileiro, a Espanha prevê a existência de contratos de trabalho por tempo parcial. Assim, adota-se essa modalidade contratual para as atividades que não exigem o trabalho com base na carga horária máxima mensal autorizada, mas são dotadas de previsibilidade e periodicidade, o que permite a prefixação do número de horas a serem trabalhadas e sua distribuição ao longo da semana.

O contrato fixo-descontínuo não se destina às atividades passíveis de prefixação da necessidade de serviço. O óbice legal à utilização dessa modalidade contratual em tais hipóteses decorre da maior insegurança desse vínculo, no que se refere tanto à renda a ser recebida, quanto aos horários de trabalho.

Conquanto haja divergência no Brasil quanto às hipóteses de utilização do contrato intermitente (ARAÚJO, 2018, p.355), há entendimento no sentido de adotar a mesma diretriz constante do Direito espanhol. Segundo esse entendimento, o contrato intermitente destina-se aos serviços que não podem ter sua necessidade e periodicidade prefixadas (VEYGA, 2018, p. 47); (ALVES, 2018,

p. 21) ; (CASSAR, 2017, p. 507), devendo-se, nas demais hipóteses, utilizar-se de outras modalidades contratuais, em especial o contrato de trabalho de jornada parcial. Isto é, o contrato intermitente pressupõe a existência de fato aleatório imponderável (SILVA, 2018, p.84).

ITÁLIA

O Decreto Legislativo nº 276/2003 regula, em seus artigos 33 a 37, o trabalho intermitente na Itália. A modalidade contratual em comento consiste na prestação de serviços em caráter descontínuo ou intermitente por períodos predeterminados, na forma estabelecida por norma coletiva, sendo assegurados aos trabalhadores intermitentes os mesmos direitos dos demais trabalhadores.

a contratação do trabalho intermitente.⁶

Em qualquer hipótese de contratação, a vinculação ao mesmo empregador está limitada a 400 dias a cada 3 anos civis, sob pena de conversão do vínculo em contrato de tempo integral (CAMERA, 2016). O objetivo do legislador com o estabelecimento do patamar máximo de dias trabalhados é evitar que as empresas adotem o contrato intermitente em atividades contínuas, mas com variações naturais de demanda (CARVALHO, 2018b, p. 41).

A utilização do trabalho intermitente é vedada para substituir empregados que estejam exercendo o direito de greve. As empresas que tenham realizado dispensa em massa nos seis meses precedentes tampouco poderão utilizar essa modalidade contratual, salvo se houver negociação coletiva em sentido contrário. A realização adequada

“As empresas que tenham realizado dispensa em massa nos seis meses precedentes tampouco poderão utilizar essa modalidade contratual, salvo se houver negociação coletiva em sentido contrário.”

A exigência da negociação coletiva foi dispensada para os trabalhadores com idade inferior a 25 anos e aqueles com idade superior a 45 anos que estivessem fora do ciclo produtivo, que fossem pensionistas ou que constassem na *liste di mobilità o di collocamento* – cadastro mantido pelos órgãos competentes para realocação daqueles trabalhadores que se encontram desempregados.

Apesar da diferenciação dos requisitos para o trabalho intermitente com base em critérios etários, o Tribunal de Justiça Europeu reconheceu não ser discriminatória a dispensa de trabalhador intermitente em virtude de ter alcançado a idade de 25 anos, quando não haja norma coletiva autorizando

das avaliações de risco do trabalho também é condição para que o empregador seja autorizado a celebrar contratos de trabalho intermitente.

O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter alguns elementos obrigatórios, como indicação da duração, da hipótese que autoriza o contrato intermitente, do local de trabalho e da forma como ocorrerá a convocação para o trabalho. A legislação

6 LUXEMBURGO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA EUROPEU. 1ª Seção. C-143/16. Abercrombie & Fitch Italia Srl contro Antonino Bordonaro. Data de Julgamento: 19 jul./017. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-143/16&language=PT>. Acesso em 25 mar./019.

italiana exige a antecedência mínima de um dia para a convocação.

Caso o empregado tenha a obrigação de atender ao chamado, deve constar também do contrato de trabalho intermitente a indenização de disponibilidade (*indennità di disponibilità*) – fixada em norma coletiva –, que deve ser paga ao trabalhador pelo período em que permaneceu à disposição do empregador.

De modo diverso ao que ocorre no Brasil, as normas italianas procuram assegurar patamar mínimo remuneratório para o trabalhador sujeito ao contrato intermitente. Essa exigência aplica-se, contudo, apenas àqueles contratos em que haja exigência de atendimento do chamado do empregador. Há, portanto, diferença sensível em relação à regulamentação do Direito português, que não limita a indenização de disponibilidade aos casos em que haja a obrigação do trabalhador em atender a convocação patronal.

Na Itália, pesquisas apontam que os trabalhadores intermitentes laboram, em média, 10 dias por mês. Como não trabalham durante todo o mês, suas contribuições à Previdência Social também são reduzidas, resultando em aposentadorias correspondentes a cerca de 30% do salário médio (NOGUEIRA, 2017, p. 144).

FRANÇA

Na França, o contrato de trabalho intermitente tem por objeto os empregos permanentes que, por sua natureza, apresentem alternância de períodos trabalhados e não trabalhados. Sua celebração deve ser autorizada por norma coletiva, salvo na contratação de pessoas com deficiência, trabalhadores readaptados, vítimas de acidente de trabalho – com redução de, pelo menos, 10% de sua capacidade laborativa – e

beneficiários de proventos oriundos da Seguridade Social francesa.⁷

Além de ser celebrado por escrito, o contrato deve mencionar a duração anual mínima do trabalho, os períodos de trabalho e o número de horas trabalhadas em cada período. A carga horária estipulada no contrato pode ser ultrapassada até o limite de 1/3, estando o labor, além desse patamar, condicionado à concordância do empregado. Ademais, as horas trabalhadas além da jornada inicialmente prevista no contrato, deverão ser pagas como horas extras.

A norma coletiva pode estabelecer remunerações mínimas a serem pagas ao trabalhador intermitente, mesmo quando não haja prestação de serviços. Trata-se, portanto, da indenização por disponibilidade que, no direito francês, não decorre diretamente da legislação heterônoma, como ocorre em Portugal e na Itália. Na França, a previsão dessa garantia de renda mínima para o trabalhador é delegada à legislação autônoma e à atuação dos seres coletivos de trabalho.

REINO UNIDO

O Contrato de Zero Hora do Direito britânico é aquele em que o empregado assume o compromisso condicional de executar os serviços que lhe forem demandados pelo empregador. Trata-se de uma pactuação condicionada a evento futuro incerto, porquanto não há qualquer garantia que o empregador necessitará do serviço objeto do contrato (Seção 27A, 1, “a” e “b” do Employment Rights Act de 1996) (COLNAGO, 2018).

7 Os exemplos elencados conformam o que é chamado na França de “beneficiaires de l’obligation d’emploi”, previstos nos artigos L5212-13 do Código do Trabalho francês. Cf. <https://travail-emploi.gouv.fr/emploi/emploi-et-handicap/oeth>. Acesso em 12 maio./019.

Tampouco existe o dever para o empregador de ofertar esse serviço ao empregado, caso venha a precisar dele em suas atividades empresariais (Seção 27B, 4, “b” do *Employment Right Act* de 1996). Desse modo, o contrato de zero-hora assemelha-se, como ocorre com o contrato de trabalho intermitente no Brasil, a um cadastro de dados de empregados (SILVA, 2018, p. 83), a ser acionado caso haja trabalho.

O Direito britânico não confere ao empregado a garantia de um número mínimo de horas a ser trabalhado nessa modalidade contratual. Não há qualquer vedação para o que trabalhador esteja simultaneamente sujeito a outros contratos de trabalho (Seção 27A, 1, “a” do *Employment Right Act* de 1996).

O contrato de zero hora alcançou seu pico de utilização em março de 2015, quando 2,1 milhões de trabalhadores britânicos laboravam sob essa modalidade contratual. Conquanto esse número tenha diminuído ao longo de 2016 – chegando a 1,7 milhão de trabalhadores –, em 2018 houve nova retomada de sua utilização, sendo estimado que mais de 100 mil empregados foram contratados por meio do contrato de zero hora.⁸

A utilização dessa modalidade contratual no Reino Unido é maior entre jovens, idosos e mulheres. De acordo com pesquisas divulgadas pela *Office for National Statistics* – órgão governamental responsável pela elaboração de pesquisas e estatísticas –, 36% da mão de obra submetida a contratos de zero hora é composta por trabalhadores com idade entre 16 e 24 anos. Ademais, a maior parte dos trabalhadores com mais de 65 anos que compõe a população economicamente ativa estão inseridos no mercado de trabalho por meio dessa modalidade

8 <https://www.theguardian.com/uk-news/2018/apr/23/number-of-zero-hours-contracts-in-uk-rose-by-100000-in-2017-ONS>. Acesso em 12/aio 2019.

contratual.⁹

Outra constatação realizada pelo ONS é a de que 66% dos trabalhadores contratados por meio de contratos de zero hora estão sujeitos a jornadas parciais (21,8 horas semanais), não realizando a jornada máxima semanal ou mensal legalmente autorizada. A jornada constatada é bastante inferior àquela praticada em outras modalidades contratuais existentes no Reino Unido, nas quais a média de horas semanais trabalhadas é de 31,6 horas.¹⁰

Apesar da menor jornada média, apenas 18% dos trabalhadores sob contrato de zero hora são estudantes em tempo integral. Assim, mostra-se bastante lógica a constatação das pesquisas do ONS de que os trabalhadores sob contrato de zero hora demonstram maior interesse em conseguir outro emprego ou ter sua jornada de trabalho majorada do que aqueles submetidos a outras modalidades contratuais.¹¹

Em virtude do menor grau de proteção conferido aos empregados contratados sob o contrato zero hora, esse instituto jurídico tem recebido críticas da opinião pública e de parlamentares

9 Os dados podem ser encontrados, sistematicamente, na Figura 6 da pesquisa da ONS:

<https://www.ons.gov.uk/employmentandlabourmarket/peopleinwork/earningsandworkinghours/articles/contractsthatdonotguaranteeaminimumnumberofhours/april2018#future-of-the-experimental-business-survey>. Acesso em 12 maio 2019.

10 Item 6 – Hours Worked and Flexibility – da seguinte pesquisa da ONS: <https://www.ons.gov.uk/employmentandlabourmarket/peopleinwork/earningsandworkinghours/articles/contractsthatdonotguaranteeaminimumnumberofhours/april2018#future-of-the-experimental-business-survey>. Acesso em: 12 maio 2019.

11 Os dados podem ser encontrados na Figura 9 da seguinte pesquisa da ONS: <https://www.ons.gov.uk/employmentandlabourmarket/peopleinwork/earningsandworkinghours/articles/contractsthatdonotguaranteeaminimumnumberofhours/april2018#future-of-the-experimental-business-survey>. Acesso em: 12 maio 2019.



britânicos (CARVALHO, 2018b, p. 42).¹² Críticas no mesmo sentido são encontradas em outros países da *Commonwealth*, como é o caso da Nova Zelândia, que anunciou o banimento dessa modalidade contratual (CARVALHO, 2018b, p. 42).

Recentes propostas de reforma da legislação trabalhista no Reino Unido preveem mecanismos para assegurar a esses trabalhadores maior grau de estabilidade no contrato e de segurança financeira.¹³ A preocupação existente em razão das condições de contratação e de labor dos trabalhadores submetidos ao contrato de zero hora consta do Relatório do Senador Paulo Paim na Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal, ao analisar o Projeto de Lei nº 38/2017 (RELATÓRIO DA COMISSÃO DE ASSUNTOS SOCIAIS, 2017, p. 11).

Diante de todo o exposto, o contrato de zero-hora do Direito britânico assemelha-se ao contrato de trabalho intermitente do

12 <https://www.theguardian.com/uk-news/2018/apr/23/number-of-zero-hours-contracts-in-uk-rose-by-100000-in-2017-ons>. Acesso em 12 maio/019.

13 <https://www.gov.uk/government/news/millions-to-benefit-from-enhanced-rights-as-government-responds-to-taylor-review-of-modern-working-practices>

Direito brasileiro. A aproximação dos institutos decorre do fato de que, em nenhum deles, exige-se uma maior previsibilidade quanto à duração da atividade, à jornada de trabalho e aos horários de início e término. Inexiste, ademais, em ambos os ordenamentos jurídicos, a exigência de um período mínimo em que o trabalho deverá ser prestado, como ocorre em Portugal e na Itália.

ALEMANHA

A previsão alemã do *Arbeit auf Abruf* (Trabalho sob Demanda) estabelece a possibilidade de empregadores e trabalhadores pactuarem contrato de trabalho específico que adequue a prestação de serviços às necessidades de trabalho do empreendimento. Diferentemente do Brasil, a convocação na Alemanha deve ocorrer com antecedência mínima de 4 (quatro) dias.

O contrato deve prever a duração semanal do trabalho, bem como a quantidade diária de horas trabalhadas. Caso não haja a estipulação, prevalece o mínimo legalmente estabelecido, qual seja, 10 horas semanais, com labor mínimo de 3 horas por dia de convocação (FERNANDES, 2017).

O Princípio da condição mais benéfica também é aplicado na estipulação da duração da jornada do trabalho intermitente. Inexistindo estipulação da jornada semanal e diária no contrato de trabalho, caso a jornada habitualmente trabalhada seja superior ao patamar legal, não pode o empregador reduzir a duração da jornada ao patamar legal (FERNANDES, 2017).

De modo semelhante ao que ocorre em outros países europeus, a contratação do *Arbeit auf Abruf* apresenta uma maior previsibilidade quanto ao número de horas e dias trabalhados, estabelecendo a legislação patamar mínimo que deve ser observado na pactuação. Apesar de não haver indenização por disponibilidade na Alemanha, a previsão de jornada mínima semanal assegura patamar

remuneratório ao trabalhador, dando-lhe maior previsibilidade quanto à sua renda e à organização de sua rotina de trabalho.

Por outro lado, a antecedência de convocação no Direito alemão é inferior à regulamentação de outros países europeus, como a legislação portuguesa (20 dias). Comparando-se, todavia, com a previsão da Lei nº 13.467/2017, a Alemanha exige maior antecedência na convocação, conferindo, destarte, maior previsibilidade para os trabalhadores que laboram naquele país.

O TRABALHO INTERMITENTE NO BRASIL

Até a inserção do trabalho intermitente na ordem jurídica, as oscilações naturais de demanda por serviço eram reguladas por meio de outras modalidades contratuais.

No meio rural, o contrato de safra (art. 14, Parágrafo Único, da Lei nº 5.889/1973) atende a demandas intermentes, decorrentes de variações estacionais da produção, sendo considerado um embrião do trabalho intermitente no Brasil (CARVALHO, 2018a, p. 424). A legislação brasileira já regulamentava, portanto, o trabalho intermitente alternado¹⁴, no qual a atividade ou a intensidade dos serviços é sazonal ou de algum modo previsível.

A temática foi objeto de discussão nos Tribunais do Trabalho, em virtude da “jornada móvel e variável” adotada em alguns ramos de atividade, em especial por uma rede multinacional de alimentação rápida. A jornada então discutida assemelhava-se ao trabalho intermitente. O trabalhador era comunicado com antecedência mínima de dez dias do início da semana sobre sua jornada naquele período – que poderia oscilar de 8 a 44 horas semanais –, assegurando-se aos empregados a remuneração correspondente

14 A conceituação do trabalho intermitente alternado parte da diferenciação estabelecida pela legislação portuguesa, conforme explicitado no item 3.1 *supra*.

ao patamar mínimo de jornada (8 horas semanais).

Ao examinar a questão, a jurisprudência inclinou-se pela invalidade dessa modalidade de jornada, por considerar que a jornada “móvel e variável” retira, do empregado, a inserção na jornada clássica constitucional, impondo-lhe regime de trabalho deletério e incerto, subtraindo ademais o direito ao padrão remuneratório mensal mínimo (BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. 3ª TURMA. RR-3990-35.2011.5.02.0421. Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado. DEJT 25/06/2015).

A questão chegou a ser discutida em Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho (Processo nº 9891900-16.2005.5.09.0004). Em sede de Recurso de Revista, a 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho julgou procedente a Ação Civil Pública para “determinar à reclamada que se abstenha de contratar e substitua a ‘jornada móvel variável’ por jornada fixa, em todas as suas lojas, obedecendo-se as previsões constitucionais e infraconstitucionais, inclusive quanto a possível trabalho extraordinário, garantindo, pelo menos, o pagamento do salário mínimo da categoria profissional, de acordo com a Convenção Coletiva do Trabalho, independentemente do número de horas trabalhadas. Na hipótese de descumprimento das determinações judiciais ora estipuladas, multa ao requerido de R\$ 100,00 (cem reais) por trabalhador contratado sob a modalidade ‘jornada móvel e variável’”.

Posteriormente, na pendência do Recurso de Embargos para a Subseção I de Dissídios Individuais (SbDI-I) do TST, a empresa celebrou, em outros autos (Processo nº 1040-74.2012.5.06.0011), acordo de âmbito nacional, em que se comprometeu a adotar jornadas fixas, ainda que por tempo parcial, para seus empregados. Com efeito, diante desse novo quadro fático, a SbDI-I do TST aplicou a OJ 358, I, e condenou a empresa ré ao pagamento do piso da categoria de forma

proporcional às horas trabalhadas.

Diante do exposto, a Lei nº 13.467/2017 procurou positivar uma modalidade contratual já adotada – ainda que com outras denominações – em alguns segmentos do mercado de trabalho. Apesar de trazer uma inovação ao ordenamento jurídico brasileiro, a Lei nº 13.467/2017 regulou o trabalho intermitente em apenas duas normas: o art. 443, § 3º e o art. 452-A da CLT. A generalidade da regulamentação foi esmiuçada pela Medida Provisória nº 808/2017, norma que também enfrentou alguns dos problemas práticos e conceituais relativos à implementação desse instituto no Brasil.

O objetivo da presente seção é conceituar o trabalho intermitente, bem como delinear seus aspectos gerais, com base na legislação em vigor (Lei nº 13.467/2017). Conquanto a vigência da Medida Provisória nº 808/2017 tenha-se encerrado em 22/04/2018, suas disposições serão analisadas naquilo que contribuem para a compreensão do conceito jurídico examinado.

Malgrado a divergência doutrinária sobre sua natureza jurídica¹⁵, prevalece o entendimento (CASSAR, BORGES, 2017, p. 45); (SILVA, 2018, p. 83) ; (ARAÚJO, 2018, p. 357) de que o trabalho intermitente é a modalidade contratual na qual a prestação de serviços não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade. Os períodos sem desempenho de atividades laborais poderão ser mais curtos - de horas ou dias - ou mais prolongados – de meses.

O objetivo é atender a necessidades de trabalho atreladas a fatos imprevisíveis, cuja ocorrência e duração não podem ser antevistas pelo empregador no momento

15 Há quem considere que, ao regular o trabalho intermitente, a Lei nº 13.467/2017 estabeleceu apenas uma nova modalidade de salário por unidade de obra (salário-tarefa). Cf. DELGADO; DELGADO, 2017, p. 155. As implicações desse entendimento serão analisados no item 5 *infra*.

da celebração do contrato de trabalho (ALVES, 2018, p. 36). O elemento essencial à conceituação do trabalho intermitente é, destarte, o caráter imponderável e variável da necessidade do serviço (SILVA, 2018, p. 84), que oscilará quanto à ocorrência e quanto à extensão (CARVALHO, 2018a, p. 424).

Tendo em vista a conceituação doutrinária do trabalho intermitente, decisões judiciais já invalidaram sua utilização em atividades permanentes da empresa. Considerou-se que o contrato de trabalho intermitente é uma modalidade de contratação excepcional, em atividade empresarial descontínua, devendo ser utilizada somente para situações específicas.¹⁶

De acordo com a regulamentação brasileira, quando surgir a demanda de serviço, o empregador convocará o empregado, com, no mínimo, três dias corridos de antecedência, informando-lhe a jornada a ser desempenhada (art. 452-A, §1º, CLT). O empregado terá um dia útil para responder ao chamado, presumindo-se, no silêncio, a recusa. A Medida Provisória nº 808/2017 havia alterado o prazo para 24 horas, de forma a permitir seu transcurso também durante finais de semana e feriados (SILVA, 2018, p.84); (SOUZA JUNIOR *et. al.*, 2018, p. 215).

Por expressa previsão legal, a recusa da oferta de serviço não autoriza o exercício do poder disciplinar patronal (art. 452-A, §3º, CLT). Trata-se de hipótese excepcional em que o empregado pode não exercer a atividade laboral solicitada pelo empregador, o que mitiga, ademais, o poder diretivo patronal (SILVA, 2018, p. 85).

Aceita a oferta, a parte que descumprir, sem justo motivo, pagará à outra parte, no prazo de trinta dias, multa de 50% (cinquenta por cento) da remuneração que

16 BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO. 1ª Turma. Processo nº 0010454-06.2018.5.03.0097. Relator José Eduardo de Resende Chaves Júnior. Data de Julgamento: 29/10/2018.

seria devida, sendo permitida a compensação, a ser realizada em igual prazo. A imposição da multa tem sido questionada, por constituir uma sanção pecuniária a um empregado sem renda fixa – em virtude da própria conformação do trabalho intermitente (CASSAR, 2017, p. 215); (SILVA, 2018, p. 87).

Ademais, na hipótese de o empregador desistir da utilização da força de trabalho do empregado, haverá o recebimento apenas de 50% da remuneração. O tratamento legislativo é prejudicial ao empregado, que pode ter deixado de atender a outros chamados que lhe propiciariam renda maior do que os 50% que irá receber (SILVA, 2018, p.85).

Ao final de cada prestação de serviços, haverá o pagamento de todas as verbas devidas ao empregado em virtude do contrato de trabalho (art. 452-A, §6º, CLT): férias proporcionais + 1/3, gratificação natalina proporcional, repouso semanal remunerado, adicionais legais. O rol é exemplificativo, sendo devido o pagamento de outras parcelas aplicáveis, como adicional noturno, adicional de insalubridade/periculosidade (DELGADO, DELGADO, 2017, p. 157). São também devidos eventuais adicionais e gratificações convencionais, em virtude da garantia de salário análogo, contida no art. 452-A, *caput*, CLT (SILVA, 2018, p. 84); (VEYGA, 2018, p. 36).

O pagamento imediato de parcelas que, nos contratos de trabalho tradicionais, tem seu adimplemento diferido no tempo (*p.e.*, férias e gratificação natalina) decorre da imprevisibilidade da próxima convocação no contrato intermitente (DELGADO, DELGADO, 2017, p.156). Assim, optou o legislador reformista por impor ao empregador o pagamento de todas as parcelas trabalhistas devidas – ainda que de forma proporcional e indenizada – ao final de cada prestação de serviços, como se houve uma extinção parcial do contrato ao final de cada período de atividade (CASSAR, 2017, p. 215 e 509).

A vagueza do termo “Ao final de cada período de prestação de serviço” impõe uma

adequada leitura da norma, em especial nos contratos intermitentes mais longos – com prestação de serviços superior a um mês. Faz-se necessária sua compatibilização com o art. 459 da CLT, que veda o pagamento em periodicidade superior à mensal, salvo para gratificação, percentual e comissão (CASSAR, BORGES, 2017, p. 46); (SILVA, 2018, p. 86). A delimitação da periodicidade máxima para pagamento dos trabalhadores intermitentes constou da Medida Provisória nº 808/2017, que inseriu o art. 452-A, §11, impondo a observância do art. 459 CLT.

O artigo 452-A, §9º, CLT assegurou ao trabalhador intermitente o direito a fruição de férias a cada 12 meses, período em que o empregador não poderá convocá-lo para prestar serviços. Pela literalidade da norma, as férias serão concedidas sem a remuneração correspondente, porquanto o trabalhador intermitente já recebeu os valores devidos a esse título após cada período de trabalho (VEYGA, 2018, p. 44). A dificuldade prática de imaginar-se a efetiva fruição desse período de descanso sem a remuneração respectiva – em descompasso com o art. 7º, XVII, CF – leva parcela da doutrina a entender devido o pagamento de 30 dias de férias, acrescido do terço constitucional, ao trabalhador intermitente (DELGADO, DELGADO, 2017, p. 157).

Apresentado o conceito de trabalho intermitente no Brasil, impõe-se, agora, diferenciá-lo de outras modalidades contratuais, como o contrato de trabalho por jornada parcial, o contrato de trabalho temporário e o contrato de trabalho por tempo determinado.

O contrato de trabalho por jornada parcial previsto no art. 58-A CLT visa a atender uma demanda regular de trabalho, havendo fixação de jornada e de horários fixos, estipulados no momento da contratação. Assim, não há nesse contrato de trabalho alternâncias significativas de periodicidade e de duração da atividade laborativa. Diferentemente do trabalho intermitente,

não se verifica a situação de insegurança do trabalhador quanto à organização de sua rotina e à renda mensal a ser auferida.

O contrato de trabalho temporário atende à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviço – decorrente de fatores previsíveis ou imprevisíveis (periódicos, sazonais ou intermitentes) (art. 2º da Lei nº 6.019/1974). A principal característica específica dessa modalidade de contratação é seu caráter triangular, em virtude da intermediação realizada pela empresa de trabalho temporário (art. 4º da Lei nº 6.019/1974). Ademais, a utilização da força de trabalho de um mesmo empregado pela empresa tomadora tem duração máxima por ano de 180 dias consecutivos ou não – prorrogável por mais 90 dias (art. 10 da Lei nº 6.019/1974) –, o que não ocorre no trabalho intermitente.

O contrato de trabalho por prazo determinado, por sua vez, é permitido nas hipóteses legalmente autorizadas pelo art. 443, §2º, CLT, relacionadas à transitoriedade dos serviços prestados, da atividade empresarial e ao contrato de experiência. Assim, essa modalidade contratual não se destina a serviços em que haja alternância entre períodos de atividade e de inatividade. A legislação procura, outrossim, evitar a realização de sucessivos contratos por prazo determinado ou mesmo seu prolongamento no tempo, sob pena de ser formado vínculo de emprego por prazo indeterminado (arts. 445 e 451 CLT).

RUPTURA DE PARADIGMAS

A partir da descrição realizada, é possível perceber algumas novidades constantes da regulação do trabalho intermitente. Algumas delas revelam-se inconsistentes com conceitos e normas anteriormente existentes no Direito do Trabalho brasileiro. O objetivo do presente tópico é analisar as inovações relativas ao

contrato intermitente, identificando os desafios e as rupturas de paradigmas trazidas pela nova regulamentação. Para tanto, são destacados seis aspectos mais controversos sobre do trabalho intermitente.

PRESSUPOSTO FÁTICO-JURÍDICO DA NÃO EVENTUALIDADE

O primeiro aspecto refere-se à não eventualidade como pressuposto fático-jurídico da relação de emprego (art. 3º CLT). À exceção do trabalho doméstico – que incorporou a teoria da descontinuidade (art. 1º da Lei Complementar nº 150/2015) –, o conceito de não eventualidade difere da noção de continuidade. Ou seja, a não eventualidade poderá estar presente ainda que a necessidade das atividades laborais não seja contínua (BARROS, 2016, p. 175), mesmo porque a ordem jurídica autoriza o contrato de trabalho por tempo parcial (art. 58-A CLT).

O pressuposto da não eventualidade impõe que o trabalho prestado tenha caráter de permanência – ainda que por um curto período –, não podendo a atividade ser meramente esporádica. O empregado deve exercer suas atividades com ânimo definitivo, havendo expectativa de retorno àquela atividade (DELGADO, 2017, pp.317-320).

A doutrina elenca três teorias que devem ser utilizadas em conjunto para identificar a distinção entre a relação empregatícia e a relação de trabalho não eventual: (I) teoria do evento; (II) teoria dos fins do empreendimento; (III) teoria da fixação jurídica.

A teoria do evento identifica o trabalho eventual como aquele prestado em razão de algum fato específico e determinado, findando tão logo deixe de existir seu motivo ensejador. Não se trata, assim, de um fato reiterado ou de longa duração no tempo – o que poderia levar à configuração da relação de emprego –, mas sim de evento esporádico e incerto (RUSSOMANO, 1990, p. 12).

A teoria dos fins do empreendimento define o trabalhador eventual como aquele que não se insere no âmbito das atividades rotineiras e normais do empregador, exercendo atividades acessórias ao empreendimento (BARROS, 2016, p. 148).

Por fim, a teoria da fixação jurídica conceitua o trabalhador eventual como aquele que não se vincula a um único tomador de serviços, desenvolvendo suas atividades para destinatários que variam no tempo (DELGADO, 2017, p. 317).

Diante de todo o exposto, a não eventualidade pressupõe uma expectativa de retorno, por parte do trabalhador, aos serviços prestados ao empregador. A atividade laboral exerce-se, assim, em caráter de permanência, ainda que de modo descontínuo – por haver lapsos em que a atividade não é exercida.

A contrário senso, eventual é o trabalho que, embora exercitado continuamente e em caráter profissional, tem destinatários que variam no tempo, de tal modo que se torna impossível a fixação jurídica do trabalhador em relação a qualquer um deles (NASCIMENTO; NASCIMENTO, 2014, p. 72).

No trabalho intermitente, não há, de forma plena, a expectativa de retorno inerente à não eventualidade. Isso porque inexistente qualquer obrigação de o empregador convocar o empregado para prestar serviços intermitentes (JOÃO, 2018, p. 41). O trabalho intermitente apresenta, assim, certo grau de imprevisibilidade em sua realização (CASSAR, 2017, p. 125), o que o aproxima do fato incerto e esporádico utilizado pela doutrina para conceituar o trabalho eventual.

Por isso, há quem diga que, ao admitir a existência de vínculo de emprego no contrato intermitente, o legislador flexibilizou o conceito de não eventualidade previsto no art. 3º da CLT (SILVA, 2018, p. 83). A flexibilização conceitual evidencia-se no próprio relatório legislativo analisado

no tópico 2 deste artigo, que destacou, como um dos objetivos da nova legislação, a regulamentação por meio do Direito do Trabalho de relações jurídicas antes mantidas à sua margem, como os “bicos” e os trabalhos informais (VEYGA, 2018, p. 39).

EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE PELO DECURSO DO PRAZO

Como não há qualquer ônus financeiro durante o período de inatividade, é possível que o contrato perdure por anos sem qualquer convocação e sem a extinção do vínculo (SILVA, 2018, p. 85). A situação fática de manutenção duradoura do vínculo sem trabalho e sem salário não se mostra adequada para atender às demandas empresariais de produção e à necessidade do trabalhador de obter renda para sustentar a si e a sua família. Trata-se, em verdade, de um não contrato (SILVA, 2018, p. 83), porquanto não são assegurados os direitos ao trabalho, à remuneração justa e à existência digna, previstos no art. XXIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

A Medida Provisória nº 808/2017 havia enfrentado a questão ao prever que, transcorrido o lapso temporal de um ano sem chamamento para prestar serviços, haveria a extinção do contrato de trabalho intermitente (art. 452-D CLT), com o pagamento das verbas rescisórias do art. 452-E CLT.

A norma em questão fixou as verbas rescisórias devidas de forma idêntica à hipótese da extinção do contrato por acordo entre as partes (art. 484-A, CLT). Contudo, como no trabalho intermitente ocorre a “extinção parcial do contrato” (CASSAR, 2017, pp. 215 e 509) ao final de cada período de prestação de serviços – momento em que percebe, de forma proporcional, todas as verbas que lhe seriam devidas –, o trabalhador receberá, ao final do contrato, apenas metade do aviso prévio de forma indenizada e a indenização de 20% do saldo

de seu FGTS.

É passível de questionamento a opção legislativa pela aplicação ao trabalho intermitente do mesmo raciocínio da extinção do contrato por acordo das partes (SILVA, 2018, p. 88). Isso porque a extinção do contrato de trabalho dá-se pela ausência de convocação do empregador, o qual mostra desinteresse em demandar a realização de serviços pelo empregado.

A demanda de trabalho é uma prerrogativa patronal decorrente de seu poder diretivo. Todavia, o contrato intermitente rompe com a perspectiva tradicional dos poderes patronais no contexto da relação de emprego, em especial quando se trata da convocação para prestar serviços.

Assim, seria mais adequado pensar em rescisão contratual por iniciativa patronal, ensejando o pagamento das verbas inerentes à dispensa sem justa causa, com as devidas adequações às peculiaridades do contrato de trabalho intermitente.

TEMPO À DISPOSIÇÃO. ALTERIDADE NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

O modo de produção capitalista emergido das Revoluções Industriais rompeu com a tradição europeia de produção artesanal. Nesta, o artífice detinha os meios de produção – compartilhados, em regra, com outros produtores, em formas embrionárias de organização que dariam ensejo à formação, num segundo momento, das corporações de ofício – e auferia renda pela venda das peças por ele fabricadas.¹⁷

17 Progressivamente, em especial na Baixa Idade Média, houve um descolamento entre a posse dos meios de produção – mantida pelos Mestres – e o trabalho nas corporações de ofício – que ficava a cargo de Jornaleiros e Aprendizizes. Assim, nesse período, já se divisa o início da formação da burguesia e do proletariado, que será consolidada após as Revoluções Industriais. Para maiores informações sobre o tema, Cf. BURNS, 1965, Capítulo 13, Item 4.

O modelo emergido da Revolução Industrial precisava, destarte, recriar nos empregados o compromisso pleno do artesão com a sua produção (BAUMAN, 2005, p. 21 apud CARVALHO, 2018b, p. 37). A necessidade de engajamento da classe operária em um processo produtivo cujo resultado não lhe pertenceria fez-se pelo pagamento de salários em troca da força de trabalho utilizada (CARVALHO, 2018b, p. 37).

Nesse contexto, estabeleceu-se uma relação jurídica baseada na reciprocidade. O empregado abria mão da disponibilidade total sobre as horas de seu dia para produzir em favor do detentor dos meios de produção. Em troca, tinha a certeza de que receberia os recursos necessários para financiar o seu período de *otium*¹⁸, ou seja, seu tempo sem trabalho dedicado a atividades pessoais (CARVALHO, 2018b, p. 37).

Assim, o Direito do Trabalho estruturou-se de modo a remunerar o trabalhador não apenas pelas atividades efetivamente prestadas, mas também por todo o período em que empregado permanece à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens (art. 4º CLT). Trata-se de previsão normativa que evidencia a alteridade nas relações de emprego, porquanto cabe ao empregador assumir os riscos do empreendimento (art. 2º CLT), efetuando o pagamento da remuneração dos trabalhadores independentemente dos resultados e das variações da atividade empresarial.

A conceituação do trabalho intermitente rompe, contudo, com a premissa

18 A expressão “otium” não coincide com o conceito popular difundido da palavra ócio. Trata-se, na verdade, de expressão ideal do tempo livre, no qual o trabalhador poderia dedicar-se a atividades produtivas para si e não para a atividade econômica. Ou seja, a expressão abarcaria os momentos dedicados a atividades familiares, sociais, culturais, religiosas e pessoais desvinculadas do processo de produção. Para maiores desenvolvimentos acerca do tema, Cf. BAGOLINI, 1997, p. 55 apud CARVALHO, 2018b, p. 37.

do tempo à disposição. Isso porque o art. 452-A, §5º, CLT expressamente prevê que o período de inatividade não é considerando tempo à disposição do empregador, podendo o empregado prestar seus serviços para outros empregadores. Inexistindo tempo à disposição, não são devidos os salários e os benefícios decorrentes do vínculo de emprego. Por essa razão, o contrato intermitente pode ser visto como um simples cadastro de empregados (SILVA, 2018, p.83).

Conquanto a legislação afaste a incidência do tempo à disposição no contrato intermitente, esse conceito permanece aplicado na realidade contratual, mas sem a correspondente remuneração (DELGADO, DELGADO, 2017, p. 154). Em um contexto contratual marcado pela subordinação e pela assimetria, não se vislumbra a completa autonomia do trabalhador para recusar os chamados do empregador para a prestação de serviço (SILVA, 2018, p. 84). Caso adote essa conduta de forma reiterada, é evidente que o empregado passará a ser negligenciado em eventuais chamadas futuras e poderá permanecer com esse liame jurídico vigente de forma indefinida, mas de forma zerada (SILVA, 2018, p. 85) – sem prestação de serviços e a contraprestação respectiva.

Assim, na prática, o empregado continua à disposição dos chamados patronais ainda que eles não venham a concretizar-se (CASSAR, 2017, p. 508). Com efeito, preserva-se a realidade do tempo à disposição do empregador, porém sem os seus efeitos jurídicos remuneratórios correlatos (DELGADO, DELGADO, 2017, p. 154). Trata-se, em verdade, de uma terceira espécie de tempo na vida do empregado – para além do tempo de trabalho e do tempo livre –, porquanto não é utilizado efetivamente para a atividade laborativa, mas não pode ser dedicado integralmente à vida pessoal do trabalhador (NOGUEIRA, 2017, p.130).

Além disso, ao isentar o empregador do pagamento da remuneração durante os períodos de inatividade, a legislação acaba

transferindo ao trabalhador os riscos do empreendimento (CASSAR, 2017, p. 509); (VEYGA, 2018, p. 43). A imprevisibilidade da atividade empresarial – sujeita a variações da demanda produtiva e a retrações do mercado consumidor – não será suportada pelo empregador, que poderá reduzir seus custos por meio da não convocação e do não pagamento dos salários de seus empregados. O ônus será arcado pelo trabalhador que ficará sujeito ao ócio indesejado e à insegurança de não conseguir prover sua subsistência por meio daquele vínculo de emprego.

Diante do exposto, o contrato de trabalho intermitente insere uma modalidade de disponibilidade permanente do empregado, sem a certeza do pagamento da remuneração correspondente – ou seja, sem a reciprocidade que existia na base do modelo de produção capitalista (CARVALHO, 2018b, p. 38). Assim, transfere ao empregado o risco da oscilação natural da demanda de serviço, que compõe o risco da atividade econômica e deve, portanto, ser assumido pelo empregador (art. 2º CLT) (CARVALHO, 2018a, p. 425).

PRESSUPOSTO FÁTICO-JURÍDICO DA SUBORDINAÇÃO. PODERES DO EMPREGADOR

A subordinação jurídica (art. 3º CLT) é o elemento peculiar que distingue a relação de emprego das demais relações jurídicas existentes no ordenamento jurídico. Consiste no comprometimento do trabalhador, decorrente do liame contratual que limita sua autonomia da vontade, de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará (DELGADO, 2017, p. 324).

Por sua própria definição, a subordinação jurídica tem relação intrínseca com os poderes empregatícios, direcionados à orientação das atividades desempenhadas no âmbito laboral (DELGADO, 2017, p. 325). Além dos poderes fiscalizatório e regulamentar,

os poderes diretivo e disciplinar são considerados as duas principais dimensões do poder interempresarial (DELGADO, 2017, p. 750).

O poder diretivo consiste na capacidade patronal de dirigir a organização da estrutura e espaço empresariais internos, definindo o processo de trabalho adotado, especificando e orientando cotidianamente a prestação de serviços (DELGADO, 2017, p. 751). Já o poder disciplinar consiste na autorização outorgada ao empregador de impor sanções aos empregados em face do descumprimento por esses de suas obrigações contratuais (DELGADO, 2017, p. 756).

No que tange ao trabalho intermitente, sua conceituação coloca em questão o alcance dos poderes patronais de direção e de aplicação de sanções. Sendo a prerrogativa de exigir a realização de trabalho uma premissa básica do poder diretivo, mostra-se difícil compatibilizar o conceito clássico dos poderes empregatícios e a possibilidade de o empregado recusar o chamado patronal para prestação de serviços (art. 452-A, §3º, CLT) (SILVA, 2018, p. 85). Com efeito, no contrato de trabalho intermitente, pode-se vislumbrar a existência de uma subordinação jurídica condicional ao aceite do chamado patronal (JOÃO, 2018, p. 45).

Atenuada a dimensão do poder diretivo e da subordinação jurídica no contrato intermitente, há a mitigação do próprio poder disciplinar patronal. Isso porque o campo de aplicação de medidas disciplinares por parte do empregador acaba diminuído, não sendo cabível a aplicação de sanções por insubordinação na hipótese de recusa de atendimento do chamado para o trabalho (art. 482, “h”, CLT).

PRESSUPOSTOS FÁTICO-JURÍDICOS DA ONEROSIDADE

A onerosidade é pressuposto inerente à relação de emprego e distingue-a da relação

de trabalho voluntário (Lei nº 9.608/98). Refere-se ao sinalagma existente entre prestação de serviços e a contraprestação – pecuniária (art. 457 CLT) e/ou em espécie (art. 458 CLT).

No contrato de trabalho intermitente, a onerosidade não é elemento essencial para a existência e continuação da relação de emprego. Isso porque inexistente a obrigação patronal de convocar o empregado para prestar serviços e, conseqüentemente, por inexistir trabalho, não há obrigação de pagamento da contraprestação pactuada.

Não se assegura, portanto, o pagamento do salário-mínimo ao trabalhador intermitente, mas apenas o salário-mínimo por hora efetivamente laborada. A não garantia da renda mínima mensal necessária ao trabalhador para manter a si e a sua família torna-se ainda mais drástica no contexto da legislação brasileira. Isso porque o empregado não tem previsibilidade do número de hora que serão trabalhadas no mês e não recebe qualquer valor a título de indenização por disponibilidade.

É cediço que o pagamento de salário-mínimo proporcional à jornada é considerado constitucional pela jurisprudência, como se nota da OJ 358, I, da SDI-I do TST. Contudo, esse entendimento foi consolidado para casos de jornada parcial fixa, em que há maior previsibilidade por parte do trabalhador em relação ao número de horas laboradas e à renda que será auferida. Trata-se, pois, de situação diversa daquela enfrentada pelos trabalhadores intermitentes.

A situação dos trabalhadores intermitentes pode ser questionada à luz da garantia constitucional de recebimento do salário-mínimo e do atendimento de todas as necessidades do emprego (art. 7º, IV, CF) (SILVA, 2018, p. 84). Em virtude da insegurança remuneratória, há quem defenda que a legislação equiparou o empregado intermitente ao autônomo (CASSAR, 2017, p. 215).

Em razão da incongruência entre o trabalho intermitente e a garantia constitucional de percepção salário-mínimo, existe entendimento doutrinário que interpreta o trabalho intermitente não como uma modalidade de contrato de trabalho, mas sim como modalidade de salário por unidade de obra (DELGADO, ; DELGADO,, 2018, p. 155). Com efeito, o reconhecimento da natureza jurídica de modalidade de salário implica que o trabalhador intermitente terá assegurado o salário mínimo mensal – ainda que não preste serviços durante 220 horas por mês –, pois a Constituição assegura a percepção de salário mínimo nas hipóteses de remuneração variável (art. 7º, VII, CF).¹⁹

A posição doutrinária em comento aplica ao trabalhador intermitente o entendimento jurisprudencial – aplicável aos servidores públicos – no sentido de que não é lícita a percepção de vencimentos inferiores ao salário mínimo, ainda que o labor ocorra em jornada por tempo parcial. Trata-se de entendimento consolidado tanto pelo Supremo Tribunal Federal (*p.e.*, AI 815.869 AgR e ARE 663068), quanto pelo Tribunal Superior do Trabalho (OJ 358, II). Contudo, esse entendimento não é atualmente aplicado aos empregados celetistas – como evidenciado pela OJ 358, I, do TST –, em relação aos quais é admissível o pagamento de salário-mínimo proporcional.

Os defensores da reversão desse posicionamento argumentam que houve uma alteração no cenário jurídico, a ensejar uma mudança na interpretação da norma. Segundo eles, até a edição da Lei nº 13.467/2017, a percepção de remuneração inferior ao salário-mínimo era residual. A regulamentação do contrato de trabalho intermitente modificou esse cenário, generalizando a possibilidade

19 A propósito, o posicionamento doutrinário ora analisado também encontra-se refletido na decisão da 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho no Processo nº 9891900-16.2005.5.09.0004, que tratou da jornada “móvel e variável” adotada por uma rede multinacional de alimentação rápida. Para maiores informações sobre o caso, *Cf.* tópico 4 *supra*.

de recebimento de montante inferior ao salário mínimo nas relações de emprego. Desse modo, seria cabível a revisão da interpretação jurisprudencial anterior, de modo a dar máxima efetividade ao artigo 7º, incisos IV e VII, da CF.

A CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA NO CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE

A questão previdenciária é outro tema de preocupação no trabalho intermitente. Devido à incerteza sobre a remuneração mensal a ser recebida, é possível que o trabalhador intermitente receba quantia inferior ao salário mínimo e, por consequência, o empregador realize recolhimentos previdenciários inferiores ao mínimo. Como a Previdência Social não pode conceder benefícios que substituam o salário em patamar inferior ao salário mínimo (art. 201, §2º, CF), surge controvérsia sobre eventuais benefícios previdenciários concedidos aos trabalhadores intermitentes.

Para tentar solucionar essa controvérsia, a Medida Provisória nº 808/2017 inseriu o art. 911-A da CLT. A norma determinava que o empregado deveria recolher a diferença entre a remuneração recebida e o valor do salário mínimo mensal, sob pena de não ter aquele mês considerado para fins de aquisição ou manutenção da condição de segurado. A disposição em comento não se mostra, contudo, compatível com as normas de custeio da Previdência Social.

A legislação previdenciária, de fato, prevê o recolhimento da diferença entre a remuneração recebida e o valor do salário mínimo mensal na hipótese do contribuinte individual que presta serviços a empresas. A legislação exige que o tomador realize o recolhimento previdenciário sobre o serviço prestado, cabendo ao prestador dos serviços complementar o recolhimento até o montante do salário mínimo, caso o serviço prestado naquele mês tenha valor inferior ao mínimo

legal (arts. 4º e 5º da Lei nº 10.666/2003). A opção legislativa por esse critério decorreu, no caso, da dificuldade de mensuração do rendimento do contribuinte individual, que é, em regra, profissional liberal (IBRAHIM, 2018).

No entanto, a situação do trabalhador intermitente é diversa daquela prevista na norma previdenciária. Sendo enquadrado como segurado obrigatório da Previdência Social (art. 12, I, Lei nº 8.212/91), o trabalhador intermitente beneficia-se da presunção de recolhimento das contribuições previdenciárias (art. 34, I, Lei nº 8.212/91).

Ademais, a existência de recolhimentos previdenciários inferiores ao salário-mínimo por parte de segurados obrigatórios não é nova na realidade da Previdência Social, ocorrendo, por exemplo, nos contratos de trabalho de jornada parcial. Nesses casos, se o salário de contribuição for inferior ao salário mínimo, não se exige qualquer contribuição adicional, computando-se para todos os efeitos previdenciários o mês trabalhado.²⁰ Aplica-se, no particular, o art. 28, §3º, da Lei nº 8.212/91, que define o limite mínimo para o salário de contribuição de forma proporcional à jornada trabalhada, “tomado no seu valor mensal, diário ou horário, conforme o ajustado e o tempo de trabalho efetivo durante o mês.”

A exigência de contribuição adicional, conforme preconizado pela Medida Provisória nº 808/2017, acabaria por impedir a inclusão de considerável número de trabalhadores na cobertura da Previdência Social, em contradição com o Princípio da Universalidade (art. 201, Parágrafo Único, CF). Isso porque dificilmente o trabalhador intermitente, já premido pela baixa remuneração recebida, teria condições financeiras de destinar parte

20 Solução idêntica é prevista no Direito italiano. Nos casos em que haja a previsão de uma indenização por disponibilidade, não se aplica o mínimo de contribuição previdenciária, sendo computado o mês para todos os efeitos previdenciários. Cf. NOGUEIRA, 2017, p. 143.

adicional de seus rendimentos para o custeio da Previdência Social (VEYGA, 2018, pp. 46-47).

CONCLUSÕES

A introdução do trabalho intermitente na ordem jurídica insere-se nesse processo de alegada modernização das normas trabalhistas para atender às necessidades produtivas do mundo globalizado. Ademais, o instituto foi concebido com a intenção de possibilitar a ampliação de postos de trabalho e a redução do número de desempregados no país.

O trabalho intermitente não é uma figura prevista unicamente no Brasil, já encontrando regulamentação em diversos países, como Portugal, na Espanha, na Itália, na França, na Alemanha e no Reino Unido. A regulamentação nacional, contudo, deixou de assegurar diversas proteções constantes da legislação estrangeira, como a previsão de jornada mínima semanal e a indenização por disponibilidade. Apesar de trazer uma inovação ao ordenamento jurídico brasileiro, a Lei nº 13.467/2017 regulou o trabalho intermitente em apenas duas normas: o art. 443, § 3º e o art. 452-A da CLT.

O trabalho intermitente é modalidade contratual na qual a prestação de serviços não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade. O objetivo é atender a necessidades de trabalho atreladas a fatos imprevisíveis, cuja ocorrência e duração não podem ser antevistas pelo empregador no momento da celebração do contrato de trabalho.

O trabalho intermitente coloca em dúvida diversas concepções tradicionais do Direito do Trabalho. Como inexistente qualquer obrigação de o empregador convocar o empregado para prestar serviços intermitentes, não há nessa modalidade contratual a expectativa de retorno inerente ao pressuposto fático-jurídico da

não eventualidade (art. 3º CLT). De igual modo, a onerosidade deixa de ser um elemento essencial, porquanto não havendo convocação e trabalho, não há obrigação de pagamento da contraprestação pactuada. Mostra-se difícil, ademais, compatibilizar o conceito clássico dos poderes empregatícios e a possibilidade de o empregado recusar o chamado patronal para prestação de serviços (art. 452-A, §3º, CLT).

Rompe-se com a premissa do tempo à disposição, pois o período de inatividade não é considerado tempo à disposição do empregador (art. 452-A, §5º, CLT). Em um contexto contratual marcado pela subordinação e pela assimetria, não se vislumbra a completa autonomia do trabalhador para recusar os chamados do empregador para a prestação de serviço. Assim, na prática, o empregado continua à disposição dos chamados patronais ainda que eles não venham a concretizar-se, preservando-se a realidade do tempo à disposição do empregador, porém sem os seus efeitos jurídicos remuneratórios correlatos.

Ainda é cedo para se estabelecer o impacto da normatização do trabalho intermitente no Brasil, em especial seus efeitos na redução da taxa de desemprego e no incremento da competitividade – resultados esperados pelo Poder Legislativo quando da edição da Reforma Trabalhista. No que tange ao trabalho intermitente, para além de questionamentos sobre a adequação do instituto aos princípios e normas do Direito do Trabalho, a regulamentação genérica tende a dificultar sua utilização no mercado de trabalho, já que aumenta os riscos na utilização dessa modalidade contratual e não permite ao empregador mensurar, de forma precisa, os custos de sua utilização na dinâmica empresarial.

Referências

1 EM CADA 4 TRABALHADORES É SUBUTILIZADO NO BRASIL, DIZ IBGE. Folha de São Paulo. São Paulo, 30 abr. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/04/subutilizacao-da-forca-de-trabalho-bate-recorde-no-primeiro-trimestre-diz-ibge.shtml>. Acesso em: 19 nov. 2020.

ALVES, Amauri Cesar. Trabalho intermitente e os desafios da conceituação jurídica. **Revista Síntese**, v. XXIX. n. 346. abr. 2018.

AMORIM, Daniel. **PIB sobe 1% no 1º Trimestre após oito quedas consecutivas**. Rio de Janeiro: Estadão, 2020. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,pib-sobe-1-0-no-1-trimestre-apos-oito-quedas-consecutivas,70001821658>. Acesso em: 19 nov. 2020.

ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. O contrato de trabalho intermitente: um novo contrato? **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 84. n. 1. jan./mar. 2018.

ALVARENGA, Darlan; SILVEIRA, Daniel. PIB do Brasil cresce 1,1% em 2019, menor avanço em 3 anos. G1, Rio de Janeiro, 04 abr. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/03/04/pib-do-brasil-cresce-11percent-em-2019.ghtml>. Acesso em: 19 nov. 2020.

BAGOLINI, Luigi. **Filosofia do trabalho**. São Paulo: LTr, 1997.

BARROS, Alice Monteiro de Barros. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **Trabajo, consumismo y nuevos pobres**. Barcelona: Editorial Gedisa, 2005.

CAMERA, Roberto. **Dottrina per il lavoro**: veri ca delle giornate di Lavoro

Intermittente. 2016. Disponível em: <http://www.dottrinalavoro.it/contratti-c/lavoro-intermittente-c/dottrina-per-il-lavoro-sono-utili-le-dimissioni-online>. Acesso em: 19 nov. 2020.

CARVALHO, Augusto César Leite. **Direito do Trabalho**: curso e discurso. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018a.

CARVALHO, Augusto César Leite. **Princípios de direito do trabalho**: sob a perspectiva dos direitos humanos. São Paulo: LTr, 2018b.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: Método, 2017.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Borges. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: Método, 2017.

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Trabalho Intermittente – trabalho “zero hora” – trabalho fixo descontinuo: a nova legislação e a reforma da reforma. **Revista LTr**, v. 82. n1. jan. 2018.

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

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

FERNANDES, Paulo Roberto. **A Figura do contrato de trabalho intermitente do PL nº 6.787/2016 (Reforma Trabalhista) à luz do direito comparado**. 2017. Disponível em <http://ostrabalhistas.com.br/figura-do-contrato-de-trabalho-intermittente-do-pl-no-6-7872016-reforma-trabalhista-luz-do-direito-comparado/>. Acesso em: 19 nov. 2020.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **O recolhimento previdenciário dos segurados empregados no trabalho intermitente**. 2018. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/s/120,MI291564,110490+recolhimento+previdenciario+dos+segurados+empregados+no+contrato>. Acesso em: 19 nov. 2020.

br/s/120,MI291564,110490+recolhimento+previdenciario+dos+segurados+empregados+no+contrato. Acesso em: 19 nov. 2020.

JOÃO, Paulo Sérgio. Subordinação e trabalho intermitente: quebra de paradigma. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**, n. 346, abr. 2018.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do Trabalho**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves. O contrato de trabalho intermitente na reforma trabalhista brasileira: contraponto com o modelo italiano. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, n. 51, p. 127-147, jul./dez. 2017.

RELATÓRIO DA COMISSÃO DE ASSUNTOS SOCIAIS. SENADO FEDERAL. Senado Federal. Brasília, 20 jun. 2017 – Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/reforma-trabalhista-paulo-paim.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2020.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v. I.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de; SOUZA, Fabiano Coelho; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira. **Reforma trabalhista**: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017 e da Medida Provisória nº 808/2017. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2018.

VEYGA, Aloysio Correa. Reforma trabalhista e trabalho intermitente. In: TUBINAMBÁ, Carolina; GOMES, Fábio

Rodrigues (coord.). **A reforma trabalhista: o impacto nas relações de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

VILLAS BÔAS, Bruno. **Inflação atinge 10,67% em 2015 e estoura teto da meta do governo**. São Paulo: Folha de São Paulo, 08 jan. 2016. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/01/1727284-inflacao-sobe-1067-em-2015-e-estoura-teto-da-meta-do-governo.shtml#:~:text=08%3A41%20%2D03-,Infla%C3%A7%C3%A3o%20atinge%2010%2C67%25%20em%202015%20e%20estoura,teto%20da%20meta%20do%20governo>. Acesso em: 19 nov. 2020.



CRÍTICA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS À LUZ DA CIVIL LAW

George Lucas da Silva Castro¹
Gil César Costa de Paula²

Resumo

O presente estudo teve como foco discutir um dos mais controversos temas do moderno direito brasileiro, o precedente judicial. Partiu-se do pressuposto que a importação de institutos jurídicos advindos de sistemas diversos do pátrio, pode ser danoso, dada a pouca familiaridade com relação a eles. Depreendeu-se, do mesmo modo, que criticar tais inovações fariam com que elas se tornassem melhores ao longo do tempo, já que somente a partir da crítica é que se torna possível identificar possíveis problemas e, por consequência, buscar soluções para eles. Desta forma, este trabalho visou colacionar algumas das principais críticas trazidas pela melhor doutrina sobre o tema do precedente judicial, com o intuito não de extirpa-lo do ordenamento, mas torna-lo mais eficiente. Tais críticas são, basicamente, sobre problemas de ordem estrutural, cultural e histórica, onde fica demonstrado que o Brasil está longe de se valer, sem maiores problemas, deste importante instituto da *Common Law*. No entanto, como se verá ao longo de sua leitura, o trabalho deixou claro que o precedente é bem-vindo, entretanto, o que se põe em controvérsia é justamente a forma com que vem se dando sua implementação.

1 Graduando em direito da PUC-Goiás.

2 Sociólogo, doutor em educação, pós doutorado em direito, professor do curso de direito da Escola de Direito e Relações Internacionais da PUC Goiás, Analista Judiciário do TRT 18 Região, bacharel em direito, mestre em direito.

Palavras-chave: Precedentes Judiciais; *Civil Law*; Vinculação da Jurisprudência; Críticas ao Precedente.

INTRODUÇÃO

O efeito vinculante das decisões judiciais está entre os temas mais polêmicos do universo jurídico. De um lado, há quem acredite que apenas a lei é fonte de direito, do outro, aqueles que asseveram que a jurisprudência também é.

Ocorre que essa divergência de pensamentos fez com que surgissem duas grandes tradições jurídicas: a *common law* e a *civil law*. Esta, à qual o sistema brasileiro pertence, tem na lei sua principal fonte de direito. Aquela, tem na jurisprudência.

O Brasil tem uma situação peculiar ante a este cenário, pois, apesar de ter seu germe na escola romano-germânica (propulsora da *civil law*), também foi influenciada pela *common law* norte americana, tornando-se, para alguns e para o autor deste trabalho, um sistema híbrido.

Este hibridismo possibilitou com que surgisse, no Novo Código de Processo Civil, a figura do precedente judicial (arts. 926 e 927), advinda da escola anglo-saxã, que tem como principal objetivo dar maior segurança jurídica às decisões judiciais.

O presente trabalho consiste em tecer algumas críticas a esta emergente novidade, já que se entende, assim como Maurício Ramires, que uma adoção precipitada de institutos pertencentes a outros sistemas jurídicos pode ser prejudicial, graças à falta de familiaridade com eles. (RAMIRES, 2016, p. 253)

Desta forma, o trabalho se divide em três capítulos. No primeiro, serão exploradas as bases que sustentam o hibridismo do sistema jurídico brasileiro, buscando responder à questão da compatibilidade entre os precedentes e o ordenamento nacional.

No segundo, será feita uma análise técnica, buscando vislumbrar qual o sentido que o legislador quis dar ao precedente judicial brasileiro, aproveitando neste capítulo para esclarecer conceitos e procedimentos.

No terceiro e último capítulo, serão trazidas algumas críticas entendidas como necessárias para o hodierno debate da “precedentalização” do sistema processual pátrio, apresentando soluções cabíveis para a problemática.

Perceba que o trabalho segue uma linha coerente, já que primeiro situa o leitor, historicamente, sobre o ponto que o Brasil ocupa ante estas grandes tradições; depois, explica o que os principais doutrinadores brasileiros entendem pelo instituto; e por último, após fixadas as bases para a discussão, traz algumas das críticas tecidas ao longo destes quase cinco anos de vigência do precedente em nosso ordenamento.

BRASIL, ENTRE DUAS TRADIÇÕES

As duas grandes tradições jurídicas do mundo ocidental consistem em *civil law*

e *common law*. Tais tradições abarcam certas diferenças, Estefânia Barboza ensina que:

O *common law* se desenvolveu com base nas decisões judiciais, com pouco ou quase nenhuma influência do direito romano, podendo se apresentar as seguintes distinções do *civil law*: i) é um direito histórico, sem rupturas; ii) é um *judge-made-law*, em que a jurisprudência exerce papel de grande importância no sistema jurídico; iii) é um direito Judiciário; iv) é um direito não codificado; v) sofreu pouco influência do direito romanista (BARBOZA, 2014, p. 44).

Estas tradições, por muitos séculos, foram consideradas dicotômicas, porém, atualmente, alguns doutrinadores apontam que, apesar das diferenças, há países que se utilizam dos institutos de ambas escolas, sendo o Brasil um exemplo.

Desta feita, apesar de ser um país de origem romano-germânica, como se verá abaixo, a adoção de institutos como a *judicial review*, a súmula vinculante e a *stare decisis*, fizeram com que o Brasil tivesse características muito fortes da tradição anglo-saxônica, o que denuncia o hibridismo deste sistema. “Veja-se bem, a tradição brasileira é portanto peculiar, apresenta traços das tradições europeias e norte-americana, daí o seu hibridismo” (ZANETTI JÚNIOR, 2019, p. 39).

Partindo do pressuposto que, em sua gênese, a tradição brasileira é inegavelmente de *civil law*, expõe-se um breve resumo da evolução da *common law* neste sistema, para que se torne possível identificar o seu hibridismo.

Da *Judicial Review* ao *Stare Decisis*

O direito brasileiro, indubitavelmente, têm seu berço na *civil law*. Como colônia de Portugal, o Brasil sofreu a influência do direito deste país, que foi amplamente adepto aos ensinamentos da escola romano-germânica.

Ocorre que, desde sua independência,

o Brasil teve oito constituições: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988. Ao longo destas cartas, o país passou a sofrer outras influências, que o aproximaram da *common law*, e que permanecem até hoje.

Em 1891, houve o surgimento da primeira Constituição Republicana brasileira, que, pela sua influência do direito constitucional norte-americano, recepcionou o instituto *judicial review*, que era a possibilidade de revisão dos atos do poder público e dos particulares, adequando-os à Constituição. Tal revisão era feita pelo Poder Judiciário. “A função que antes era atribuída ao Poder Moderador, de zelar pela harmonia e equilíbrio entre os poderes políticos, passou a ser atribuída ao Judiciário” (ZANETI JÚNIOR., 2019, p. 52).

Desde o seu surgimento, a *judicial*

Outro instituto da *common law* adotado pelo sistema jurídico brasileiro é a súmula vinculante. Foi incorporada em 2004, na Emenda Constitucional nº. 45. Naquela época, a súmula em si não foi uma novidade, já que desde a Emenda Regimental de 28/03/1963, tal instituto já passou a fazer parte do ordenamento nacional, entretanto, nesta época a súmula tinha caráter apenas persuasivo, e hoje, vinculante.

A súmula vinculante representou a adoção do *stare desisis*, que é a “doutrina de vinculação de precedentes (*doctrine of binding precedentes*), identificada pela ideia de que não se move o que está quieto, advinda do vocábulo latino *stare decisis et non quieta movere*” (ROSA, 2016, p. 54). Assim, o que estava sumulado não poderia ser discricionariamente modificado. Em outras palavras, pela primeira vez, o direito

“Por isso, apesar de ter na lei sua principal fonte de direito, o ordenamento brasileiro não pode ser considerado um sistema de *civil law* puro, já que se utilizou, ao longo de sua breve trajetória jurídica independente, amplamente de institutos da *common law*.”

review sempre esteve presente em nosso ordenamento, ganhando previsão expressa na Constituição de 1946 (art. 141, §4º). Atualmente, é garantida como direito fundamental, tendo previsão no art. 5º, inciso XXXV, da Carta de 1988, preceituando que nem mesmo a lei excluirá da apreciação judiciária ameaça ou lesão a direito, em outras palavras, o Poder Judiciário detém a função de amoldar ou até excluir do ordenamento as leis que não estejam de acordo com a Constituição.

Percebe-se que desde o advento da *judicial review*, o Poder Judiciário alcançou uma nova importância, não se limitando a apenas ser “boca da lei”. Passou, portando, a garantir os direitos fundamentais constitucionalmente previstos, amoldando a própria lei infraconstitucional e os atos dos demais Poderes ao texto constitucional.

jurisprudencial passa a deter eficácia vinculante, e as demais decisões e atos deveriam se amoldar tanto ao texto da lei, quanto a estas decisões.

Por isso, apesar de ter na lei sua principal fonte de direito, o ordenamento brasileiro não pode ser considerado um sistema de *civil law* puro, já que se utilizou, ao longo de sua breve trajetória jurídica independente, amplamente de institutos da *common law*.

Com a possibilidade de vincular através de decisões, e pela própria importância que o Judiciário ganhou, podendo aferir a constitucionalidade de atos tanto do Poder Legislativo quanto do Executivo, o sistema jurídico brasileiro ocupa um ponto especial dentre os sistemas jurídicos contemporâneos, devendo receber a alcunha de sistema híbrido.

Compatibilidade entre o Precedente e o Sistema Brasileiro

Por todo o exposto, é notório que o sistema brasileiro não se baseia apenas na *civil law*. Ao longo de sua história, alguns institutos da *common law* foram utilizados e serviram bem para o desenvolvimento do Judiciário pátrio. Desta vez não será diferente. Há sim como se importar o instituto dos precedentes judiciais, mesmo advindo ele de outra tradição jurídica, não havendo que se falar em incompatibilidade.

Aliás, é uma tendência mundial que essas tradições não sejam mais consideradas totalmente opostas, os próprios países de origem *common law* vem adotando diretrizes de origem *civil law*. Anota Pugliese que:

A estrutura pura da *common law* não existe. Desde o seu início, na Inglaterra, as leis escritas exerciam um papel considerável. Atualmente a legislação é uma das principais formas de controle utilizadas pelos países de tradição anglosaxã como forma de regular os avanços industriais e muitas outras matérias. (PUGLIESE, 2011, p. 32)

Ocorre que, sempre que houve adoções de institutos da *common law* no Brasil, eles foram contrapostos por grandes doutrinadores, que não serviram para derrubá-los – apesar de muitos terem este objetivo –, mas sim para aperfeiçoá-los e torna-los mais úteis ao sistema nacional.

Por isso, neste trabalho, não se tem como foco excluir do país tal instituto – até porque se tem consciência do alcance do mesmo –, mas mostrar o que grandes juristas vem expondo sobre o precedente brasileiro, para que, além de trazer outros estudiosos ao debate, possa-se promover uma melhor utilização do precedente, servindo ele (o precedente) não para problematizar ou burocratizar o sistema jurídico brasileiro, mas para melhorá-lo.

CONCEITO DE PRECEDENTE JUDICIAL

Antes de apresentar as críticas,

é necessário tecer alguns apontamentos sobre como o precedente foi instituído no ordenamento brasileiro, a fim de conhecê-lo e identificar quais decisões podem ser consideradas precedentes, e como eles podem ser modificados.

Alexandre Câmara ensina que precedente é “um pronunciamento judicial, proferido em um processo anterior, que é empregado como base da formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior” (CÂMARA, 2015, p. 425).

Entretanto, é importante ressaltar que nem toda decisão judicial é um potencial precedente. Diferente do que ocorre em países de tradição *common law*, aqui, o precedente já nasce precedente, isto é, ele não espera que novas decisões o tomem como base para que possa ter seu efeito vinculante. Então, já se define, em seu nascedouro, o seu efeito vinculante, não esperando que outras decisões o legitimem para tal.

De outro passo, muitos se enganam em acreditar que as decisões previstas no art. 927 do CPC/15 são todas precedentes vinculantes. Ocorre que este artigo apenas traz o “dever de observação” por parte dos



juízes e tribunais, o que é muito diferente do dever de vinculação. Destarte, há ali sim decisões que são precedentes dotados de efeito vinculante, entretanto, algumas são utilizadas apenas para fins argumentativos ou persuasivos, por isso a doutrina moderna divide os precedentes em duas espécies: vinculantes e não-vinculantes (argumentativo ou persuasivo).

Assim, das decisões previstas no art. 927, apenas as do inciso I, II e III tem efeito vinculante, as demais (IV e V) são utilizadas apenas para fins persuasivos. E o efeito vinculante daqueles incisos (I, II e III) vem, respectivamente, do art. 102, I, “a” e 103 da CF, que trata da vinculação das decisões em controle concentrado de constitucionalidade; do art. 103-A, também da CF, que trata do efeito vinculante da súmula do STF; e do art. 1.036 e 1041 do CPC, que consagra os institutos da assunção de competência e resolução de demandas e recursos repetitivos.

Ocorre que, apesar do efeito vinculante, as decisões do inciso I ao III não são todas precedentes. É porque súmula não é precedente. Súmula é um extrato de jurisprudência, ou seja, um conjunto das decisões judiciais que demonstram como o tribunal vem decidindo sobre determinado assunto. Como já visto, o precedente judicial trata-se apenas de uma única decisão, empregada como base para outras decisões posteriores a ela.

Assim, tem-se que apenas os incisos I, III, e V, do artigo em tópico são precedentes, já que os incisos II e IV tratam das súmulas, mas apenas o inciso I e III tem efeito vinculante. Por isso, apenas *as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade* (art. 927, I, CPC); *os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos* (art. 927, III, CPC) são precedentes vinculantes. O precedente do inciso V, serve apenas para fins argumentativos.

Fundamentos Determinantes

Sabe-se que o precedente advém de uma decisão ou acórdão judicial que, analisando um caso concreto, tem eficácia vinculante para decisões posteriores. No entanto, qual elemento da decisão é responsável por esta vinculação?

É fácil notar que tal eficácia vinculante não pode decorrer da parte dispositiva da decisão. O dispositivo, é notório, só visa o julgamento do caso concreto, só vinculando as partes do processo em questão. Em outras palavras, não interessa para o precedente vinculante saber se uma parte saiu ou não vencedora.

A eficácia vinculante não existe para que em todos os casos futuros todos os autores ganhem, ou para que todos os pedidos sejam julgados precedentes. A eficácia vinculante existe para que, diante de um novo caso idêntico ao anterior, a nova decisão seja baseada nos mesmo fundamentos determinantes (CÂMARA, 2015, p. 440).

Assim sendo, o que vincula no precedente são os *fundamentos determinantes* (expressão empregada duas vezes pelo CPC/15: art. 489, §1º, V e art. 979, §2º). Então, tem-se que os fundamentos determinantes são aqueles acolhidos expressamente pela maioria dos integrantes da turma julgadora, em uma decisão colegiada. Os demais fundamentos, não acolhidos pela maioria, não são tidos como determinantes, por isso não podem vincular.

Tradicionalmente, denomina-se de *ratio decidendi* os fundamentos determinantes e *obiter dictum* os não determinantes, isto é, os que não ganharam acolhida da maioria dos julgadores.

Superação e Distinção dos Precedentes

Por não ser o direito estático, todo sistema fundado em precedentes necessita reconhecer a possibilidade de superação (do termo inglês *distinguishing*) e distinção (da expressão inglesa *overruling*) de seus julgados, mantendo o ordenamento jurídico em constante evolução.

Overruling

O *overruling* é a superação do precedente. Pode se dar pela revogação do dispositivo legal que lhe servia de fundamento ou até por uma mudança cultural (um exemplo dado pela doutrina seria o conceito de família no Brasil, que sofreu modificações ao longo do tempo). Neste sentido, o enunciado 322, do Fórum Permanente de Processualistas Civis, assevera que a “modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria”(FÓRUM PERMANENTE DOS PROCESSUALISTAS CIVIS, 2017, p. 47).

Têm-se que o *overruling* “evita o engessamento do Direito e reconhece que os precedentes são criados a partir de certas circunstâncias fáticas e jurídicas que precisam permanecer presentes para que possam eles

quando a parte demonstra para o julgador que seu caso não se assemelha ao precedente, que se queira invocar para decidir seu caso.

É interessante notar que a técnica só é empregada quando se verifica que o precedente possa ser aplicado ao caso concreto. Em outras palavras, apenas se houver a possibilidade de aplicação do precedente ao caso *sub judice*, haverá a possibilidade de se apelar para a técnica de *distinguishing*.

A técnica *distinguishing* é oposta à analogia. Na analogia busca-se os elementos que tornam semelhantes os casos para que possam receber a mesma decisão. Na distinção, busca-se os elementos que as diferenciam, para que possa ser afastada a aplicação do precedente. Ocorre uma exceção, no caso em julgamento, que impede que o juiz fundamente sua decisão no precedente.

“Em outras palavras, apenas se houver a possibilidade de aplicação do precedente ao caso sub judice, haverá a possibilidade de se apelar para a técnica de *distinguishing*”.

continuar a ser aplicados” (CÂMARA, 2015, p. 438).

No entanto, não se pode pensar que a superação do precedente acarreta na rescisão do julgamento que lhe originou. Em outras palavras, como se sabe, o precedente advém do julgamento de um caso concreto, tal caso, que embasou a criação do precedente, não deve ser modificado se houver uma posterior modificação do precedente. É que a eficácia vinculante se dá para outros processos, e não para o que lhe originou, respeitando-se, desta forma, a coisa julgada.

Distinguishing

A técnica de distinção é utilizada para se afastar a aplicação do precedente. Ocorre

CRÍTICAS DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

A Tradição de Adesão à Conclusão e Não à Fundamentação

No sistema brasileiro o próprio legislador determinou quais são as decisões que devem ser consideradas precedentes, *vide Capítulo 2*. Tais decisões consistem em acórdãos prolatados pelo STF em controle de constitucionalidade ou pelos demais tribunais em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos. Assim sendo, o precedente brasileiro sempre advém de uma decisão prolatada em colegiado.

Tem-se no Brasil, no entanto, a tradição de decidir por adesão à conclusão e não por adesão à fundamentação, o que cria a dificuldade, ou torna até impossível, de descobrir qual é a *ratio decidendi* do acórdão.

Explique-se o ponto: tradicionalmente, no Brasil, o julgamento colegiado se faz somando-se as conclusões dos votos dos integrantes do órgão jurisdicional. Assim, por exemplo, se a turma julgadora é formada por três magistrados, e cada um deles dá provimento ao recurso por um fundamento diferente, somam-se as conclusões para dizer que o recurso foi provido por unanimidade. Isto, porém, leva a distorções de resultados (CÂMARA, 2015, p. 440).

O professor supracitado, então, traz um belo exemplo sobre o tema. Imagine-se o julgamento de uma ação direta de inconstitucionalidade, pelo plenário do STF, em que três ministros afirmem que a lei é inconstitucional por vício formal (vício na propositura da lei, por exemplo), afastando a incidência, no entanto, de inconstitucionalidade por vício substancial. Três outros ministros afirmam que a lei é inconstitucional por vício substancial (por violação à cláusula pétrea, por exemplo), afastando a inconstitucionalidade por vício formal. E cinco outros ministros votam considerando totalmente constitucional a lei. Perceba-se que, com a tradição brasileira, a lei será considerada inconstitucional por adesão à conclusão, já que, somando os votos, seis ministros votaram pela sua inconstitucionalidade. (CÂMARA, 2015, 441).

Assim, por já nascer precedente, estar-se-ia diante de um incógnita, a lei é inconstitucional por vício formal ou por vício substancial, e qual destas duas fundamentações deveriam ser aplicada aos casos vindouros?

Perceba-se que o correto, no exemplo acima, seria a adesão à fundamentação, devendo, por isso, ser considerada constitucional a lei, já que cinco ministros votaram pela constitucionalidade

baseados nos mesmos fundamentos, três pela inconstitucionalidade por vício formal e três pela inconstitucionalidade por vício substancial.

É notório que o caso ficaria ainda mais espinhoso se os ministros que votaram pela constitucionalidade da lei também o fizessem por fundamentos diferentes, o que, há de se convir, é recorrente nos tribunais deste país.

Tal situação não ocorre apenas em matéria constitucional. Não são raros os casos em que, em sede de recurso, são defendidas três teses por uma das partes, e os desembargadores julgam procedente o pedido, tendo cada um dos três desembargadores fundamentado seu voto numa das teses expostas pela parte. Na tradição brasileira, afirmar-se-ia que o recurso foi provido “por unanimidade”, mas, na verdade, não se pode determinar qual fundamento foi “mais determinante” na formação do acórdão, não podendo se extrair a *ratio decidendi*.

Perceba-se que o que ocorre atualmente é que cada desembargador ou ministro tece seu voto com total independência, sem enfrentar os argumentos dos seus pares, e isto, de acordo com nosso sistema, pode até criar uma decisão julgando procedente ou improcedente certa demanda, pois houve a adesão à conclusão, mas na maioria das vezes é impossível se encontrar a *ratio decidendi* da decisão.

Para se evitar tais situações, é preciso que haja o efetivo diálogo entre os votos. É necessário que, dando o relator seu voto, o segundo desembargador enfrente os argumentos tecidos pelo relator, concordando ou discordando, podendo até criar seus argumentos, já o terceiro desembargador também deve tecer seu voto nestes moldes. Desta forma, o julgamento é formado de acordo com a **adesão à fundamentação**. Assim, cria-se uma facilidade maior de descobrir quais foram os fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) do acórdão.

As Cortes de Vértice e a Produção de Teses em Abstrato

Sabe-se que nos países de tradição *common law* uma decisão passa a ser considerada um precedente a partir de julgamentos posteriores, que utilizam tal decisão como fundamento. O precedente se torna precedente, portanto, pela qualidade de sua fundamentação.

Uma das grandes críticas que se faz ao “sistema” de precedentes brasileiro, é que eles só são precedentes pela autoridade do órgão que o prolatou. Como visto alhures, somente os tribunais superiores criam os precedentes, que, adverte-se, já nascem para vincular.

Perceba-se que, nos países de *common law*, acostumados com o instituto, o precedente não nasce precedente, pois somente a partir da aceitação dos demais operadores do direito, que utilizam, reiteradamente, as decisões para fundamentarem suas teses, é que a decisão passa a ser considerada um precedente. No Brasil, “o julgamento já nasce predestinado a se tornar um precedente vinculante” (NEVES, 2017, p. 1390), e se assim o é, mesmo que inconstitucional, o precedente não perde seu poder vinculante, já que o órgão que o criou é detentor da palavra final sobre sua constitucionalidade.

Claro, tal colocação pode ser tida como exagerada, mas, é necessário lembrar sempre, o Supremo é formado por pessoas, sujeitas a erros, e não há órgão capaz de corrigi-lo em nossa ordem constitucional. Aliás, o STF foi criado justamente para impedir que o legislador infraconstitucional entrasse em contradição com a Constituição, quando Ele é o juiz-legislador, isto é, ele fica responsável pela criação da norma através de sua interpretação, a quem cabe o controle de constitucionalidade das decisões (“legislações”) do próprio Supremo? Por isso, a preocupação deveria estar em “como decidir” e não em “quem decidir”.

Tem-se a impressão, em nosso país, que o que se busca fazer é a criação de **teses em abstrato**, que se tornam vinculantes para todo o sistema. Pra isso, uma Corte seria responsável pela criação de tais teses, ou em outras palavras, a criação de normas, das quais os demais órgãos não poderiam decidir/interpretar diferente.

Pretendem uma transição tardia: ao mesmo tempo em que se abandona o juiz boca da lei, quer-se, aqui, a institucionalização de um realismo de segundo nível ou grau: Cortes que produzam teses que serão aplicadas pelo, agora, juiz (e desembargadores) bocados-precedentes (ou teses). Ou seja, o boca da lei troca de nome e função (STRECK, 2019, p. 19).

Neste diapasão, os que defendem tal implantação irrefletida dos precedentes argumentam que um dos pontos que se espera alcançar é a diminuição do grau de “equivocidade” ou “textura aberta” da lei. Não percebem, ou talvez ignoram, que o precedente é formado por um texto, que na hora de ser interpretado causará a mesma equivocidade. “Por que é que um texto (um precedente) geraria menos “problemas” interpretativos que outro texto (uma lei)?” (STRECK, 2019, p. 26).

Querem encarar o precedente como o ponto final de uma discussão, onde determinado órgão dá a palavra final sobre o assunto, mas na verdade deveria ser o contrário, deveria ser considerado o ponto inicial, posto que a partir daquele caso concreto a comunidade abrir-se-ia para a discussão sobre o assunto.

Ora, como um tribunal superior, ao decidir, pode desonerar os juízes inferiores de interpretar? Que pretensão é essa de achar que o tribunal, ao decidir a partir de um caso, ainda que o trate como oportunidade para formular uma tese, desobriga os demais juízos a si mesmo de interpretar no futuro? (STRECK, 2019, p. 51).

Por isso, esta pretensão de fechamento de discussão, além de pretender o engessamento do direito, iludindo-se com

um Judiciário com respostas para perguntas vindouras, causa uma verticalidade antidemocrática.

Pois, perceba, o direito deve ser tido como um todo horizontalizado, onde cada indivíduo contribui com sua parcela para a criação da norma, afinal de contas, **todo poder emana do povo**, e mesmo que diretamente não consiga fazê-lo, a norma deve ser a interpretação que esse povo dá a ela, e não a de onze pessoas (perdoe o peso das palavras) totalmente desconexas da realidade do cidadão ordinário. É por este motivo que a norma deve ser feita pela participação do Ministro do STF (por óbvio), do juiz da Vara de Mozarlândia, do advogado do grande escritório ao recém formado em direito, do professor, do português da padaria, da mãe que chora a perda de um filho em um presídio..., são todos eles que pensam o direito, que refletem sobre como viver bem em sociedade. Afinal de contas, o Direito, é preciso sempre lembrar, está muito mais ligado com a ética, do que com a moral.

A Dificuldade da Publicidade do Precedente

Num sistema que coloca a jurisprudência como uma fonte da norma jurídica, a publicitação se torna indispensável, não só para aqueles que permeiam o ambiente jurídico, mas também para o cidadão ordinário, que passará a tomar suas decisões de acordo com a norma estabelecida na jurisprudência.

Explique-se o ponto.

Sabe-se que o princípio da legalidade assevera que tudo é lícito ao particular, exceto aquilo que é defeso em lei. Por isso, espera-se que o cidadão, quando da eminência de praticar um ato com relevância jurídica, se atente para as disposições relativas ao assunto.

A título de exemplo, quando uma pessoa quiser celebrar um contrato de locação, espera-se dela que ao menos leia

as normas gerais presentes no Código Civil sobre esta espécie contratual ou contrate um profissional habilitado para que ela não venha a praticar qualquer ilegalidade. Por este motivo, a lei deve ser de fácil acesso a todos, para que sua consulta seja célere e desembaraçada, para que o cidadão possa acessá-la e, assim, tornar sua decisão mais acertada.

Quando a jurisprudência também passa a ser fonte de direito, causando efeitos práticos nas relações cotidianas, o Estado tem o dever de torna-las públicas, pois elas também passam a influir na tomada de decisão do particular. Neste sentido, os processualistas Dierle Nunes e André Frederico de Sena Horta asseveram:

Onde não há condição de conhecimento, não há efetiva liberdade para deliberação particular e informada, e o jurisdicionado poderá ser surpreendido por um precedente cuja existência lhe faltou, não por negligência ou ignorância censurável, mas por ausência de condições externas para tanto [...] o precedente judicial deve ter como público-alvo as pessoas em geral, o cidadão que diariamente realiza planos para sua vida, celebra negócios, pratica atos que interferirão na vida de outras pessoas, confia nas instituições públicas e que, por tudo isso, têm o legítimo direito de tomar prévio conhecimento do que é o Direito e de como ele é interpretado pelos tribunais, sob pena de transformá-lo em um mero jogo de argumentos restrito aos magistrados, advogados e membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, em absoluto prejuízo das pessoas, que não podem ser reduzidas a peças naquele obscuro e complexo jogo, ficando à mercê de quem tem o melhor argumento, quando deveriam ser capazes de se colocarem como verdadeiros participantes do Direito (NUNES, HORTA, 2016, p. 97).

Não só as pessoas em geral são vítimas da não divulgação dos precedentes, aos operantes do direito, recorrentes são as situações, nos países de *common law*, em que os juízes ou desembargadores “sacam” verdadeiros “precedentes surpresas”, presentes nos bancos de dados dos respectivos órgãos judiciários, deixando os advogados em uma situação no mínimo constrangedora, pois

não tinham conhecimento de tal precedente.

Para sanar tal problema, países de tradição anglo-saxã vem produzindo, tradicionalmente, relatórios (*reports*) das decisões consolidadas à toda comunidade jurídica, para que a todos seja possibilitado o acesso a tais precedentes, evitando-se o argumento do desconhecimento.

Os doutrinadores supracitados, ainda acrescentam, acertadamente, que o uso do “precedentesurpresa”, nonosso país, configura nulidade da decisão **“caso não precedido de alerta na fase preparatória, facultando-se às partes manifestação específica, nos termos dos arts. 10, 357, 933 e 1.037”** (NUNES, HORTA, 2016, p. 95). E o argumento se torna claro, não se oportunizando às partes o conhecimento de determinado precedente que levará à improcedência do seu pedido antes de findo o processo, não se garante o direito de alegar a distinção (*distinguishing*) ou superação (*superação*) do caso concreto, desobedecendo-se os preceitos constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Por isso, o enunciado de número 320 do Fórum Permanente de Processualistas Civis tem uma redação falha, pois assevera que “Os tribunais poderão sinalizar aos jurisdicionados sobre a possibilidade de mudança de entendimento da corte (...)”, quando na verdade o dispositivo deveria ser imperativo, orientando que “deverão” os tribunais sinalizar a possibilidade de modificação do entendimento, para possibilitar, assim, a argumentação dos jurisdicionados. (FÓRUM PERMANENTE DOS PROCESSUALISTAS CIVIS, 2017, p. 47)

Não obstante, é necessário que se supere a técnica que se consolidou em nosso sistema jurídico de se utilizar as ementas como fundamentos para peças ou decisões processuais. Como visto anteriormente neste trabalho, o que se caracteriza como precedente são os fundamentos determinantes da decisão, e as ementas são meramente catalográficas.

Por isso, importante é a explicação de Leonard Schmitz:

Indexadores devem ser utilizados com cautela. É preciso percorrer os catálogos de decisões até encontrar uma que tenha sido escorada em fundamentos jurídicos aplicáveis como justificativa legitimadora da norma que está sendo construída para um caso concreto. E a mera leitura da ementa não entrega, desde logo, os fundamentos; apenas explicita as questões decididas no ‘precedente’ que se quer invocar. Os enunciados e ementas precisam ser abordados como o símbolo de um passado a ser respeitado, nunca de um futuro ao qual ser submetido: a ementa de um julgado deve ser vista como não mais que um instrumento para proporcionar a catalogação da decisão nos repertórios jurisprudenciais, facilitando o acesso à informação nela contida. (...) O resumo catalográfico de um pronunciamento que conste do rol do art. 927 deve servir de convite para a leitura da íntegra dos votos que compõem o julgado. A ementa não pode, então, querer ter a pretensão de ser utilizada ela mesma. Nesse contexto, diante dos ‘precedentes’ previstos no CPC/2015, a função do ementário de jurisprudência fica ainda mais claramente relegada à indexação e facilitação de busca através dos mecanismos virtuais de pesquisa de cada tribunal. Extrapolar esse caráter e utilizar-se do texto da ementa em um julgado representa no CPC/2015 uma impropriedade muito maior do que já o era no código revogado. (...) Se as ementas, e bem assim as súmulas, são indexadas (isto é, redigidas) tendo em vista o que foi pedido e julgado, e não com foco na causa de pedir e no fundamento da decisão, a busca por uma *ratio decidendi* jamais será possível pela mera pesquisa de jurisprudência catalogada. Assim, como pelo título do presente artigo, o leitor consegue ter apenas uma vaga ideia a respeito do que será abordado (e apenas a leitura integral pode fornecer elementos sobre seu conteúdo), os enunciados apresentam tão somente a casca daquilo que é a jurisprudência; para conhecê-la, não basta contentar-se com a aparência. Direito jurisprudencial, assim, é tema que exige uma caminhada (hermenêutica) firme, mas sem pressa e sem superficialidade (SCHMITZ, 2016 apud NUNES, HORTA, 2016, p. 98).

Por isso, percebe-se que o desafio

é grande. A necessidade de implantação de sistemas capazes de publicitar o direito jurisprudencial e a mudança da cultura de uso de ementas, substituindo-as pelos fundamentos determinantes, é urgente.

Não obstante, cabe lembrar que mudanças dessa grandeza não ocorrem pressurosamente, afinal de contas, trata-se de uma questão cultural.

No entanto, o jurista moderno deve estar atento a esta novidade, pois principalmente ele colherá os bons frutos desta mudança, por isso, não deve se apresentar para o mercado de trabalho sem o conhecimento do que seja o precedente, e de como ele (o precedente) representa um quebra de paradigmas nunca antes vista no sistema jurídico pátrio.

CONCLUSÃO

Percebe-se que o cidadão, quando da análise do Poder Judiciário, percebe um sistema falho, moroso, e assaz inseguro, pois, como é notório, cotidianamente modifica seus julgados, e, por isso, não passa a confiança que deveria emanar deste importante Poder símbolo da democracia.

Por isso mesmo os precedentes foram criados. Talvez representem a resposta que a sociedade precisava para depositar mais crédito ao Judiciário.

No entanto, a opção pelos precedentes se encontrava entre as respostas mais fáceis para a problemática, e, por isso mesmo, talvez não fosse a mais correta. Esta situação se agrava porque, pela grandiosidade desta modificação, o caminho dos precedente talvez represente um caminho sem volta.

Desta forma, há de se enfrentar o precedente como um desafio a ser aperfeiçoado, e não a ser extinto. Pois essa atitude fará com que sejam encontradas formas com que ele seja mais bem utilizado por seus operadores, para que assim ele

cumpra seus principais objetivos, que é a diminuição da insegurança jurídica e da incidência de demandas repetitivas.

Com isso, este trabalho teve a pretensão de apresentar alguns problemas que podem representar um entrave à perfeita implantação do precedente judicial no Brasil.

Como visto, há que, principalmente, haver uma mudança cultural dentro da máquina judiciária, promovendo-se, assim, uma nova cultura “decisional”. A forma como os desembargadores votam deve ser modificada, exarando-se os votos levando em conta as fundamentações expostas nos demais votos, e não como se o voto fosse independente, sem a necessidade de comunicação com os demais.

Ademais, nestes tempos, a publicidade do direito jurisprudencial ganha ainda maior relevância, pois se o Direito é aquilo que o tribunal diz que é, sua influência sobre todo o sistema jurídico do país se torna notável, não devendo ser negligenciada a sua divulgação tanto ao operador do direito, quanto ao leigo.

Por último, vê-se que o precedente não deveria ser encarado como o ponto final de uma discussão jurídica, como querem os aficionados pela “precedentalização”, afinal, nem nos países de *common law* isto ocorre. Na verdade, deveria o precedente ser considerado o ponto inicial da discussão, que se tornaria cada vez mais perfeito a partir das novas interpretações, ganhando força a partir de sua qualidade, e não pela autoridade do órgão que o prolatou.

Tais colocações não esgotam a esparsa lista de problemas que acompanham a implantação dos precedentes, mas talvez sejam os precípuos que a máquina judiciária deve se debruçar primeiramente.

Espera-se, portanto, que os temas aqui apresentados tenham sintetizado a ideia de que o precedente é necessário e importante para o sistema jurídico brasileiro, mas a sua implantação deve ser feita gradativamente, e não se olvidando aos seus indiscutíveis

problemas, que são muitos.

Referências

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira.** São Paulo: Saraiva, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro.** São Paulo: Atlas, 2015.

ENUNCIADOS DO FÓRUM PERMANENTE DOS PROCESSUALISTAS CIVIS. Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em [http://civileimobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf](http://civile imobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf). Acesso: 22 fev.2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil: Volume único.** 9. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico de Sena. Os precedentes judiciais e a sua adequada divulgação: em busca da correta compreensão da publicidade de julgados no CPC/2015. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, SP, v. 82, n. 3, p. 77-100, jul./set. 2016.

RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional: O uso da jurisprudência estrangeira pela Justiça Constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ROSA, Viviane Lemes, **O Sistema de Precedentes Brasileiro.** 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 28 mar. 2016. 349 folhas.

STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes**

judiciais e hermenêutica, 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

ZANETI JÚNIO; Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes,** 4. ed. rev., amp. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2019.



COMO AS TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA PREVISTAS NO CPC PODEM SER APLICADAS NO PROCESSO DO TRABALHO?

Gislaine Cordeiro da Silva¹

Resumo

O objetivo do presente trabalho é analisar a aplicação das tutelas provisórias, especialmente a tutela de urgência, ao processo do trabalho com respeito às suas peculiaridades.

Palavras-chave: Tutelas provisórias. Aplicação. Processo do Trabalho. Diferenças Procedimentais.

Introdução

Nem sempre o “tempo é o melhor remédio” como diz o ditado popular, pois ele pode ser um veneno se provocar um ônus ao seu destinatário. É nesse diapasão que se enquadram as tutelas provisórias, pois, como bem assevera o professor Mozart Borba “elas servem para redistribuir o ônus do tempo” (BORBA, 2019). Isso porque, conforme a urgência ou a evidência do direito, o juiz pode distribuir, de forma isonômica, esse ônus (a espera pela tutela definitiva) entre as partes da forma mais adequada ao caso (por

exemplo, ao ser concedida a tutela provisória de urgência antecipada ao autor, o réu passa a sofrer o ônus do tempo).

Nesse sentido, como mais um instrumento de celeridade processual e da efetividade da função jurisdicional do Estado, as Tutelas provisórias foram disciplinadas pelo CPC/2015 (artigos 294 a 311) e acatadas, subsidiariamente, pela Justiça do Trabalho, por meio da Instrução Normativa nº 39 do Tribunal Superior do Trabalho (artigo 3º, inciso VI).

Nessa esteira, atualmente, o Código de Processo Civil fixa uma teoria geral do processo, com fundamentos nos valores consagrados na Constituição Federal, sendo aplicável a todos os demais ramos processuais (art. 15/CPC), mas com respeito às peculiaridades e especificidades de cada ramo.

Em relação às tutelas provisórias previstas no CPC, é indubitável a sua aplicação ao processo do trabalho. Mesmo porque a CLT não regulamenta essa matéria

1 Servidora do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais, pós graduada em Processo Civil e em Direito Público. E-mail: gisdireito@gmail.com

e prevê apenas casos isolados, como as duas circunstâncias em que o Juiz do Trabalho pode conceder medidas liminares (possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela): para determinar a reintegração de dirigente sindical e para a sustação dos efeitos da transferência do empregado nos moldes do 469/CLT (artigo 659, incisos IX e X/CLT).

Veja, por exemplo, as várias situações fáticas que demandaram urgência na prestação jurisdicional trabalhista durante a pandemia pelo Covid-19 neste ano de 2020, seja visando o deferimento de depósitos fundiários por meio de alvará judicial, seja com a finalidade de promover a reintegração de empregado despedido durante a pandemia ou para obrigar as empresas a adotarem medidas de proteção aos trabalhadores contra o covid-19.

No entanto, como bem assinala a Instrução Normativa n. 39 do TST, em suas considerações, a aplicação das tutelas provisórias no processo do trabalho requer a sua compatibilização com os princípios peculiares desse ramo específico do direito como o princípio do contraditório, da oralidade e da concentração de atos processuais.

Espécies, Requisitos e procedimentos da Tutela de Urgência no Processo do Trabalho

Diferentemente da tutela definitiva (resultante de uma cognição exauriente, do contraditório e da ampla defesa, predisposta a resultados imutáveis por meio da coisa julgada), as tutelas provisórias são proferidas por meio de cognição sumária de provas, concedidas de forma precária e não geram coisa julgada material.

Há duas espécies de Tutelas Provisórias (294/CPC): as de Evidência e as de Urgência, sendo essa última o foco desse estudo, as quais podemos dividir, conforme a

natureza de seu provimento, em Antecipadas ou satisfativas (pois antecipam os efeitos da tutela final) e em Cautelares ou preventivas (visam evitar um dano e assegurar o direito principal). De acordo com o momento da concessão, ambas as tutelas de urgência podem ser ainda requeridas de forma antecedente ou incidental.

Para a concessão da tutela de urgência, o autor precisa demonstrar os requisitos previstos no art. 300/CPC: probabilidade do direito (“*fumus bom in iuris*”) e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (“*periculum in mora*”); sendo que a Tutela Antecipada requerer ainda a reversibilidade do provimento (art. 300, § 3º/CPC).

Mas como esses instrumentos podem ser utilizados no processo do trabalho?

No processo do trabalho ambas as espécies de tutela provisória (tutela de urgência e de evidência), são manejáveis em caráter antecedente ou incidental. Isso porque ela pode ser requerida entre a instrução e a prolação da sentença, pode ser deferida em sentença ou após ou ser concedida em grau de recurso.

Todavia, é preciso salientar algumas diferenças procedimentais. Nessa perspectiva, a previsão de custas para requerimento da tutela provisória (295/CPC) não se aplica em sede trabalhista, já que nesta seara nenhuma postulação requer o pagamento de custas (789, § 1º/CLT).

Com relação à possibilidade de o juiz adotar medidas necessárias para a efetivação da tutela provisória “de ofício” (297 e 302/CPC – poder geral de cautela do magistrado), a doutrina é divergente. Há entendimentos doutrinários que defendem a atuação de ofício pelo juiz como exceção ao princípio da congruência em casos excepcionais, (SCHIAVI, 2017), os quais defendem que o juiz do trabalho somente pode conceder a

medida de ofício nas situações em que o autor estiver postulando sem advogado (765 e 791/CLT). Entretanto, tendo em vista a responsabilidade objetiva do beneficiário da concessão da tutela provisória (302, incisos I a IV e parágrafo único/CPC – a parte beneficiária responde pelo dano processual causado pela efetivação da tutela de urgência), também há o entendimento a favor da impossibilidade da concessão “*ex officio*” pelo juiz, adotando-se essa vertente como regra geral.

Todavia, caberá ao juiz do trabalho, no caso concreto, sopesar a possibilidade da concessão da tutela provisória de ofício. Por exemplo, no caso do reclamante requerer a manutenção do plano de saúde durante a pandemia do Covid-19 e informar que tem suspeita do seu contágio pelo vírus, embora

da execução prevista na CLT (899/CLT), pois a legislação específica não permite atos de alienação e vai até o julgamento da penhora, após apresentação de embargos e/ou impugnação e respectivo agravo de petição, se for o caso.

Outro aspecto a ser observado é a exigência de caução ao autor para o deferimento da tutela de urgência no processo do trabalho. Para Otavio Amaral Calvet, em regra, o juiz não poderá exigir essa caução, diante da principiologia processual trabalhista em que se considera o reclamante como vulnerável perante o reclamado. (CALVET, 2017). No entanto, conforme o próprio dispositivo informa (300, § 1º/CPC), caberá ao juiz analisar, no caso concreto, a posição de hipossuficiência do requerente,

“Todavia, caberá ao juiz do trabalho, no caso concreto, sopesar a possibilidade da concessão da tutela provisória de ofício.”

ele não tenha comparecido em audiência de instrução, pode o juiz ponderar, ao decidir sobre a possibilidade de conceder a tutela de urgência de ofício, o pedido tutelado e o montante do prejuízo ao empregado frente ao poder econômico do empregador.

É preciso anotar também que o inciso II, do artigo 302/CPC não se aplica ao processo do trabalho, pois a citação é realizada pela Vara do Trabalho (841/CLT).

Quanto aos artigos 296, 298 e 299/CPC, os quais preveem a característica de precariedade (modificação ou revogação a qualquer tempo da tutela provisória) e a regra de competência, registro que são dispositivos plenamente aplicáveis ao processo laboral. Cabe somente assinalar que a efetivação da tutela provisória seguirá as regras específicas

pois pode ser viável essa exigência a um empregado que não é beneficiário da justiça gratuita e ostenta um patrimônio razoável ou ainda quando é o próprio empregador que postula a tutela provisória.

Cabe assinalar ainda que com a possibilidade de indeferimento de pedidos sem julgamento de mérito no rito ordinário (840, § 3º/CLT), do arquivamento da ação no rito sumaríssimo (852-B, § 1º/CLT) e diante da necessidade do juiz do trabalho analisar os pedidos de concessão de tutela provisória antecedente, o exame da petição inicial (triagem) passou a ser uma tendência. Nesse sentido, o juiz pode, ao analisar a inicial, deferir a tutela provisória de forma liminar ou após justificação prévia, por meio da audiência (300, § 2º/CPC).

Das Tutelas Provisórias de Urgência Antecipadas requeridas em caráter Antecedente

Tendo em vista que o processo do trabalho vislumbra, diuturnamente, direitos fundamentais e verbas de caráter alimentar, as tutelas antecipadas vem ao encontro das necessidades do reclamante (como no caso, por exemplo, em que o TRT da 10ª região determinou às empresas de *call centers* que adotassem medidas de proteção aos trabalhadores contra o novo coronavírus ante o ajuizamento de ação pela Federação Interestadual dos Trabalhadores e Pesquisadores em Serviços e Telecomunicação) ou até mesmo do reclamado, o qual pode requerer em caráter antecedente, por exemplo, o bloqueio de bens do trabalhador que, supostamente, tenha desviado numerários da empresa.

Pode, portanto, o reclamante ou o reclamado requerer essa tutela em petição inicial simplificada (303/CPC). Porém são inaplicáveis os incisos II e III do § 1º do art. 303/CPC, pois, conforme o procedimento previsto na CLT, o reclamado será notificado para a audiência com tentativa de conciliação, defesa, instrução, razões finais, nova tentativa de conciliação e julgamento (princípios da oralidade e da concentração dos atos processuais).

Concedida a tutela provisória, o juiz pode adotar o procedimento do artigo 303, § 1º, inciso I (prazo para o autor aditar/complementar a inicial). Havendo possibilidade, inclusive, de abertura de prazo para emenda da inicial a fim de evitar o indeferimento de plano da tutela provisória, caso o juiz entenda que faltam elementos para a sua concessão (303, § 2º a 5º/CPC).

Ao ser concedida a tutela antecipada, abrem-se dois caminhos para o processo trabalhista:

Primeiro caminho: prosseguir regularmente o processo com a designação da audiência e apresentação da defesa. Vale ressaltar que tal decisão na Justiça do Trabalho tem natureza interlocutória da qual não cabe recurso imediato (893, § 1º/CLT). Entretanto, caberá à parte prejudicada impetrar o mandado de segurança para impugná-la para fins do art. 304/CPC (para não ocorrer a estabilização da lide ante a não apresentação de recurso pelo réu). No entanto, “*a priori*” o instituto da estabilização da lide mostra-se incompatível com o processo do trabalho, salvo se a decisão for do relator, pois nesse caso caberá o agravo interno para o colegiado.

Conforme a Súmula 414/TST caberia mandado de segurança contra essa decisão, no entanto, esse posicionamento não mostra consonância com o objetivo de celeridade processual que visa a tutela provisória, pois teria que se aguardar o prazo decadencial de 120 dias desse remédio processual para dar estabilidade à lide, nos moldes do art. 304/CPC, o que não demonstra razoabilidade. Portanto, na prática forense, o réu pode impugnar e impedir essa estabilização da lide, decorrente do deferimento da



tutela provisória antecipada, por meio da contestação ou por meio de protesto em audiência.

Vejam também o segundo caminho: caso a parte ré aceite a medida deferida, a lide é estabilizada e ocorre a extinção do processo, produzindo efeitos até que seja ajuizada ação autônoma para a sua revisão (ação de impugnação ou confirmação da decisão concessiva da tutela provisória satisfativa estabilizada - § 6º, art. 304/CPC).

Das Tutelas Provisórias de Urgência Cautelar requeridas em caráter Antecedente

Da mesma forma que a tutela antecipada (satisfativa), também a tutela cautelar (preventiva) é compatível com o processo do trabalho.

Apenas é preciso destacar que o procedimento previsto nos artigos 307 e 308/CPC quanto ao regramento das custas, designação de audiência de mediação ou conciliação e prazo para contestação não são aplicados em sede trabalhista, pois há a previsão de ritos próprios para audiências, composição e defesa.

Pode, portanto, o autor ingressar com a reclamatória trabalhista com os pedidos principais e com o pedido de tutela provisória de urgência de natureza cautelar (por exemplo, requerer direitos decorrentes de uma despedida sem justa causa e bloqueio de valores, arresto ou qualquer outra medida prevista no artigo 301/CPC - rol exemplificativo), a qual pode ser deferida liminarmente (sem ouvida do réu) ou após o contraditório.

Fungibilidade entre as medidas Antecipada e Cautelar

Aplica-se também ao processo do trabalho a fungibilidade de mão dupla

prevista no art. 307, parágrafo único. Assim caso o juiz do trabalho verifique que se trata de pedido de tutela satisfativa e não a cautelar (preventiva), poderá dar andamento conforme o procedimento adequado.

Considerações Finais

Ante o exposto, conclui-se que o mais importante para a Justiça do Trabalho é reconhecer a importância do instituto das tutelas provisórias como instrumentos que visam a entrega da tutela jurisdicional efetiva e célere e aplicá-las em consonância aos princípios e peculiaridades do processo laboral. Ainda cabem discussões sobre como se amoldar sua aplicação subsidiária do CPC ao processo do trabalho, mas é indubitável sua aplicação à Justiça do Trabalho.

Referências

BORBA, Mozart. **Diálogos sobre o CPC**. Salvador: JusPodivm, 2019. 6.ed.rev. ampl. e atual.

CALVET, Otavio Amaral. **As Tutelas de urgência e da evidência e suas repercussões no Processo do Trabalho**. In: CPC Repercussões no Processo do Trabalho. Saraiva: São Paulo, 2017. 2. ed. p. 210-235.

SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos da Lei n. 13.467/17**. São Paulo: LTR, 2017.



A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS(LGPD) E A EXPOSIÇÃO DE DADOS SENSÍVEIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Flávia Alcassa dos Santos¹

Resumo

A segurança é um elemento necessário, mas não suficiente, para garantir os direitos e liberdades das pessoas em relação à proteção de dados pessoais, principalmente no que diz respeito às informações sobre dados pessoais e dados sensíveis desde o primeiro contato dos empregadores com seus empregados, na fase pré-contratual no momento de recrutamento e seleção para uma vaga de trabalho, durante a fase contratual com o cumprimento do contrato de trabalho e no pós-contrato com o desligamento da empresa. O objetivo deste artigo não é esgotar a matéria, mas analisar a importância da governança de dados e boas práticas nas relações de emprego, observando os regramentos trazido pela LGPD que não podem conflitar com o ideal da Legislação Trabalhista que defende o equilíbrio da relação do empregado e empregador, tudo para se evitar passivos trabalhistas e fiscalizações de órgãos

1 Advogada, sócia-fundadora do escritório Alcassa & Pappert.- especializada em Direito Digital Corporativo e Relações de Trabalho, Membro do comitê jurídico da ANPPD® - Associação Nacional dos Profissionais de Privacidade de Dados, Membro da ANADD - Associação Nacional de Advogados do Direito Digital, certificada pela EXIN Privacy and Data Protection, Proteção de dados, Segurança Digital e Contratos pela FGV, Colunista, Palestrante e Instrutora de cursos, Membro convidada do Privacy for People.

regulatórios.

Palavras-chave: Lei Geral de Proteção de Dados. Governança de dados. Dados Pessoais. Relação empregado e empregador.

Introdução

A proteção de dados é um direito humano que nasce vinculado à Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, com o objetivo de garantir a dignidade do ser humano e como instrumento de combate à opressão, impunidade e insultos à dignidade humana.

O objetivo deste direito é preservar a dignidade humana contra a invasão de privacidade que envolve a coleta e o tratamento excessivo de dados pessoais. Seu objetivo é estabelecer uma estrutura de garantias que permita exercer os direitos e liberdades fundamentais dos seres humanos e impedir que o uso de informações pessoais seja usado indiscriminadamente contra os direitos e liberdades inerentes ao ser humano.

No Brasil no panorama mundial de

privacidade, encontramos a proteção da privacidade, da intimidade e da vida privada expressa na Constituição Federal CF/88 em seu art. 5º, e outras leis como o “Marco Civil da Internet” e na Lei 12.965/2014 com normas de proteção e segurança a privacidade de dados das pessoas. Com o avanço da tecnologia e necessidade de uma lei específica mais criteriosa, em 14 de agosto de 2014, após inúmeros debates e emendas, foi publicada a Lei nº 13.709 e alterações da Lei nº 13.853, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) em que buscou-se um equilíbrio na manutenção do desenvolvimento econômico e tecnológico, com a adoção da inviolabilidade dos direitos constitucionais dos cidadãos, representando um importantíssimo marco regulatório para o Brasil sobre o tema.

É objetivo geral deste artigo, analisar a importância da governança de dados e boas práticas nas relações de trabalho e refletir sobre os dados sensíveis nas relações de trabalho.

A IMPORTÂNCIA DA GOVERNANÇA DE DADOS E BOAS PRÁTICAS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO.

Considerando que a relação de trabalho constitui uma fonte inesgotável de dados pessoais tratados, é dever do empregador fazer uso correto deles. Isso é aplicável em dados de empregados, prestadores de serviços, fornecedores, clientes, entre outros. O uso adequado dos dados deve ser uma prioridade para qualquer empreendedor, empresa ou instituição. A Lei Geral de Proteção de Dados não é aplicável somente nas relações de trabalho e sim em todas as relações envolvendo o tratamento de dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

O avanço da tecnologia e a privacidade no compartilhamento de dados um tema de grande importância, nesse cenário que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) é mais uma legislação que tutelar a privacidade.

No direito à proteção de dados pessoais, afirma-se que:

Embora não se trate de direito absoluto, o direito à proteção dos dados, especialmente na medida de sua conexão com a dignidade humana, revela-se como um direito bastante sensível, tanto mais sensível quanto mais a sua restrição afeta a intimidade e pode implicar violação da dignidade da pessoa humana (SARLET; MARINONI; MITIDIERO; 2018, p.497).

Nas relações de trabalho de acordo com a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) o empregado figura como o **titular dos dados** e o empregador como o **controlador dos dados**.

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: V - titular: pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento;

VI - Controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais (BRASIL, 2018)

O consentimento do titular(empregado) pode ser excepcionalmente dispensado na hipótese da relação de empresa, desde que para obrigação de cumprimento legal, conforme ordena a própria LGPD no seu art. 7º, V e IX, para atender aos legítimos interesses do empregador para execução do contrato de trabalho em benefício do próprio empregado (ALCASSA; CASTELANI, 2020).

Art. 7 -V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais (BRASIL, 2018).

Embora o consentimento seja dispensado nas hipóteses de “execução de contrato ou de procedimentos relacionados a contrato do qual seja parte o titular dos dados do empregado” o seu tratamento merece ainda mais cautela, para não ferir a privacidade do trabalhador, ocasionando danos à imagem, danos de natureza moral, além de prejuízos de ordem material ao empregador. As violações previstas poderão ser objeto de reclamação trabalhista e denúncias ao MPT(Ministério Público do Trabalho), bem como sujeitas à fiscalização da ANPD(Autoridade Nacional de Proteção de Dados) com sanções disciplinares previstas no art. 52 da Lei.

Treinamento e conscientização do uso devido dos dados pessoais, aliados ao departamento de Recursos Humanos (RH), tem papel primordial na adequação à LGPD e *compliance*.

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: IX - não **discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;**(BRASIL, 2015) (grifo nosso).

No campo infraconstitucional do Direito do Trabalho brasileiro, o art. 1º, da Lei nº 9.029/95, proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, **por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade**, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor, previstas no inciso XXXIII, do art. 7º, da Constituição Federal de 1988. (BRASIL, 1995)

A Constituição Federal brasileira prevê, em seu artigo 5º, X, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, vejamos:

“As violações previstas poderão ser objeto de reclamação trabalhista e denúncias ao MPT(Ministério Público do Trabalho), bem como sujeitas à fiscalização da ANPD(Autoridade Nacional de Proteção de Dados) com sanções disciplinares previstas no art. 52 da Lei.”

DADOS SENSÍVEIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

A relação de trabalho constitui uma fonte inesgotável de dados pessoais e no tocante a proteção de dados pessoais nas relações empregatícias um dos pontos que merecem maior atenção é o atinente à categoria dos dados pessoais sensíveis.

O Art. 5º da LGPD considera que:

II - Dado pessoal sensível: dado pessoal sobre **origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico**, quando vinculado a uma pessoa natural (BRASIL, 2015) (grifo nosso).

O art. 6º dispõe que:

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**, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988).

O art. 2º da LGPD também dispõe como fundamento a **inviolabilidade da intimidade, honra e da imagem**.

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; (BRASIL, 2018).

As informações relacionadas à saúde dos empregados são dados sensíveis e, embora já protegidas pelo sigilo médico (o código de ética médica, no art. 73), merecem muita atenção quanto ao armazenamento e divulgação de informações como: divulgação de doenças, atestados, exames médicos, divulgação de informações de compra de medicamentos, convênios e utilização do plano de saúde, por exemplo, além do armazenamento seguro das informações sensíveis por parte do empregador (controlador). Aplica-se a qualquer tratamento de dados pessoais que revele dados pessoais sensíveis e que possa causar dano ao titular, no caso em análise (empregado), ressalvado o disposto em legislação específica (ALCASSA, 2020).

Segundo Cartaxo (2010), o Repertório de Recomendações Práticas de Proteção de Dados Pessoais do Trabalhador da Organização Internacional do Trabalho - OIT (1997) sugere que a coleta de dados médicos deve se restringir às informações que são necessárias para determinar se o trabalhador está apto para determinado posto de trabalho; se pode cumprir com os requisitos de segurança e saúde do trabalho; e, mais, se pode ter direito a prestações sociais.

O legislador previu de maneira mais restritiva a coleta e o tratamento destes dados, para legitimar a obtenção e o uso da informação na categoria de dados sensíveis, especificados no art. 11, a seguir:

Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para:

a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos;

c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis;

d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);

e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ou (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019)

g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais. (BRASIL, 2018) (grifo nosso).

Importante destacar que as multas por descumprimento da LGPD podem chegar a 50 milhões de reais, ademais esse não é o único impacto para as empresas, algumas discussões na Justiça do Trabalho envolvem primordialmente as questões de privacidade:



i) pedido de obrigações de fazer ou não fazer por práticas **discriminatórias na obtenção ou no uso da informação relativa ao empregado**; ii) dano moral individual ou coletivo por **práticas discriminatórias quanto as que são de algum modo ilícitas**; iii) justa causa ou de despedida indireta, para cuja aplicação são examinados a obtenção e o **uso da informação pessoal ou a prática de determinada conduta pelo empregado ou pelo empregador**. Nota-se que o foco das demandas trabalhistas está dirigido ao exercício dos poderes do empregador e aos direitos da personalidade do empregado, que indica o uso indevido, práticas discriminatórias e abusivas dos dados sensíveis do empregado.

Neste sentido para que o funcionário se sinta protegido e a empresa isenta de reclamações é preciso à manutenção da confiabilidade dos dados coletados.

Medical personal data should not be collected except in conformity with national legislation, medical confidentiality and the general principles of occupational health and safety, and only as needed: (a) to determine whether the worker is fit for a particular employment; (b) to fulfil the requirements of occupational health and safety; and (c) to determine entitlement to, and to grant, social benefits (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, 1997, p.3).

Outro ponto que merece atenção é no momento de seleção de candidatos e o processo adequado de recrutamento e seleção, o que pode ou não ser coletado e o que extrapola a finalidade da contratação.

Não devem ser coletados dados que extrapolam a finalidade do contrato específico, como registro criminal (a menos que o cargo seja justificado), testes psicotécnicos, análises médicas, gravação de entrevistas de seleção (que sempre devem ser expressamente consentidas), histórico comercial (exceto no caso de trabalhadores com poderes para representar o empregador, como gerentes, gerentes adjuntos, agentes ou advogados, desde que, em todos esses casos, sejam dotados, pelo menos, de poderes

gerais de administração e de trabalhadores encarregados da cobrança, administração ou custódia de fundos ou valores mobiliários de qualquer natureza, ou antecedentes focados na prevenção criminal, caso não sejam adequados, necessários e proporcionais (como é o caso de consultas nas listas públicas da ONU) (CARTAXO, 2010).

Como exemplo de prática ilícita de exposição de dados pessoais sensíveis de empregados, temos a decisão de Julho de 2020 dos julgadores da Segunda Turma do TRT3-MG, que, sem divergência, mantiveram sentença proferida pela 24ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte. A juíza convocada MM. Maria Cristina Diniz Caixeta entendeu que, pelas provas colhidas, ficaram claros os danos morais em virtude da exposição indevida da intimidade do trabalhador.

A Justiça do Trabalho determinou que a empresa pague indenização por danos morais a um ex-empregado do setor administrativo que teve seus dados sigilosos expostos no sistema interno de informação da empresa. Um trabalhador da companhia confirmou, no processo que, ao fazer pesquisa no sistema, **deparou-se com o relatório médico do autor da ação, com a indicação de que ele tinha pensamentos suicidas e era usuário de cocaína**.

Para a juíza convocada Maria Cristina Diniz Caixeta, a conduta da empresa revelou o dano sofrido, já que a exposição de dados de cunho pessoal certamente causou dano moral ao autor. E, diante das provas, a magistrada reforçou que não via elementos capazes de afastar o direito do reclamante à reparação por dano moral. A julgadora manteve o valor fixado para a indenização, de três salários do trabalhador, por entender que o montante atende à finalidade de atenuar as consequências da lesão jurídica e reveste-se de razoabilidade. (TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO, 2020).

Neste sentido, no caso de tratamento de dados pessoais sensíveis, com risco elevado no tratamento incluindo dados

médicos de saúde e biometria, a empresa deverá possuir um Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais (**Art. 38, parágrafo único, da LGPD**), observando as medidas e salvaguardas para mitigar os riscos no tratamento de dados pessoais.

De modo geral, tanto os dados ordinários como os sensíveis, a empresa deve adotar algumas medidas para assegurar a conformidade com a Lei:

- Revisar ou elaborar Política de Segurança considerando os três pilares: confidencialidade, integridade e disponibilidade e em conformidade com a ISO 27001, 27002 e a extensão ISO 27701;

- Adotar políticas de privacidade de uso de dados dos empregados e terceiros;

- Elaborar termos de autorização de envio de dados a terceiros para finalidade específica;

- Adotar um Código de Ética e Conduta para gerenciar dados dos candidatos às vagas da empresa e dos Contratos de empregados ativos (Delimitar claramente os papéis que cada parte exercerá no tratamento dos dados pessoais, o que impacta diretamente na definição de suas responsabilidades, de acordo com a lei);

- Revisar e incluir cláusulas atinentes à Privacidade nos contratos com empregados de conformidade com a LGPD;

- Elaborar aditivos dos contratos em vigor para adequação às exigências da LGPD;

- Revisar e incluir cláusula nos contratos de prestadores de serviços;

- Revisar fichas e formulários de entrevistas de acordo com o Princípio da minimização de dados (adequados, pertinentes e limitados ao que é necessário relativamente às finalidades para as quais são tratados);

- Nomear um Encarregado de dados, conhecido como Data Protection Officer (DPO) perante a GDPR na EU, peça chave para adequação e conformidade com atribuições nos termos da Lei. Art.41,§ 2º.

CONCLUSÃO

Concluiu-se que são necessárias as adoções de segurança e de boas práticas para a governança de dados dos funcionários com o intuito de não os deixarem em uma posição de vulnerabilidade para evitar passivos trabalhistas perante a justiça do trabalho e fiscalizações dos órgãos reguladores.

Todos os esforços devem representar uma verdadeira mudança de paradigma, adaptando a “Cultura” da empresa à nova realidade ditada pela sociedade dos dados, geração 4.0, havendo real mudança de hábitos e costumes de todos os envolvidos no processo, sendo imperiosa a adoção de uma governança de dados dos empregados, evitando prejuízos de ordem moral e material a empresa.

Referências

ALCASSA, Flávia. O papel da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. (LGPD) nas relações de trabalho. **Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária**. Revista Síntese: trabalhista e previdenciária, v. 31, n. 375, p. 58-65, set. 2020.

ALCASSA, Flávia; CASTELANI, Liliana. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e o Impacto nas Relações de Emprego. Associação Nacional dos Profissionais de Privacidade de Dados. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. Lei n.9.029, de 13 de abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas

discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 13 abr. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm#:~:text=Art.,no%20inciso%20XXXIII%20do%20art. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União**, 14 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Protection of workers' personal data**. An ILO code of practice. Geneva, ILO, 1997. Disponível em: https://www.ilo.org/global/topics/safety-and-health-at-work/normative-instruments/code-of-practice/WCMS_107797/lang--en/index.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO. **Copasa deverá indenizar trabalhador por exposição de dados na rede interna de informações da empresa**. Belo Horizonte: TRT3, 01 jul. 2020. Disponível em: <https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/noticias-juridicas/nj-copasa-devera-indenizar-trabalhador-por-exposicao-de-dados-pessoais-na-rede-interna>. Acesso em: 20 nov. 2020.



DIREITO À DESCONEXÃO E TELETRABALHO: CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO FRANCÊS. ESTUDO COMPARADO FRANCO-BRASILEIRO

Rosane Gauriau¹

RESUMO

O artigo apresenta um breve panorama do direito à desconexão na França e no Brasil. Serão apresentadas as noções fundamentais e o regime jurídico do direito à desconexão, assim como suas implicações no regime de teletrabalho, no contexto da atual pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV-2/ Covid-19). O direito à desconexão visa assegurar ao trabalhador o direito ao repouso, ao lazer, bem como garantir sua saúde física e mental, vida social, de família e vida privada. Nos dois países, o direito à desconexão foi, inicialmente, resultado de construção pretoriana. Na França, desde 2016, o direito à desconexão ao trabalho é previsto em lei. No Brasil, é objeto de recente Projeto de Lei. Indiscutivelmente, o direito à desconexão é tema relevante: a experiência do teletrabalho no cenário da atual pandemia evidenciou o problema da hiperconexão, da carga de trabalho e a urgência em delimitar vida/tempo profissional e vida/tempo privado, a fim de garantir o direito ao repouso e ao lazer, sob pena de repercussões indelévels à saúde do trabalhador.

1 Jurista. Pesquisadora. Doutora em Direito (*summa cum laude*) pela Université Paris 1- Sorbonne, França. Membre associée du Centre Jean Bodin, Université d'Angers, França. Membre de l'Institut de Psychodynamique du Travail. Membre de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne, França.

Palavras-chave: Desconexão. Teletrabalho. Covid-19. Regime Jurídico. França. Brasil.

Considerações iniciais

A pandemia de Covid-19 elegeu o teletrabalho como medida de preservação da saúde do trabalhador contra o risco de contaminação do novo coronavírus permitindo a continuidade do trabalho e a implementação das políticas de isolamento social².

No Brasil e na França, a prática do teletrabalho nesse contexto revela seus primeiros ensinamentos: a sempre atual questão da divisão sexual do trabalho, das desigualdades sociais e de acesso à tecnologia digital, a importância do coletivo de trabalho e dos vínculos sociais. Revelou, também, os riscos associados ao teletrabalho: hiperconexão, aumento da carga de trabalho e da jornada de trabalho, dificuldade em

2 Teletrabalho aqui compreendido como aquele realizado no setor privado e regido pela legislação trabalhista, no contexto de um contrato de trabalho. Trabalhador e empregado serão utilizados como sinônimos.

delimitar a vida privada e profissional. Enfim, nos dois países, os trabalhadores vivenciaram o poder da tecnologia digital por meio de e-mails, SMS, *Messenger*, *Telegram*, *WhatsApp* e outras formas de ferramentas digitais, fora do tempo de trabalho, bem como a dificuldade em desconectar.

Um direito à desconexão. Conectados todo o tempo e em todo lugar? A tecnologia digital modificou a organização do trabalho, bem como a noção de tempo e de local de trabalho. O local de trabalho -espaço físico- não existe mais para muitos trabalhadores, cada vez mais conectados, dentro e fora do horário de trabalho. O trabalho não se limita mais ao tempo passado na fábrica ou no escritório. Limites físicos, espaciais e horários de trabalho não são mais fronteiras entre vida profissional e pessoal: eles se sobrepõem, atestando a invasão do mundo do trabalho no mundo doméstico.

O trabalhador “reativo” é o trabalhador do século XXI. A capacidade de reatividade (FOMO: *Fear Of Missing Out* e FOBO: *Fear Of Being Offline*), de disponibilidade, de estar constantemente ao alcance e de formular a resposta mais rápida possível tornaram-se gradativamente critérios para avaliar o desempenho do trabalhador, sob pena de serem questionadas sua competência e habilidades. Nesse contexto, a cultura do urgente e a aceitação do “assédio digital” são critérios de empregabilidade. Esse culto ao imediatismo contribui ao *blurring*³: a fronteira entre a vida profissional e pessoal é tênue e o tempo de trabalho não é mais contínuo. Como avaliar a jornada de trabalho, o ritmo, a intensidade e a carga de trabalho? Como desconectar?

Um direito à desconexão para todos. Essa ausência de fronteiras entre vida privada e profissional tem impacto diverso conforme a geração de trabalhadores. Um executivo de 50 anos sujeito a sobrecarga crônica de informação

e comunicação tem mais probabilidade de reivindicar o direito à desconexão do que um empregado da Geração *IGen/ Millennials*⁴ para quem a divisão entre vida privada e profissional não é, frequentemente, um problema. Aliás, para Geração *IGen*, trabalhar ocasionalmente em casa, sem respeitar os horários de trabalho definidos pelo empregador pode ser visto como uma liberdade. Do mesmo modo, para um indivíduo da Geração *IGen*, não será um problema utilizar as ferramentas digitais da empresa para uso pessoal e vice-versa. Para eles, o direito à desconexão pode ser compreendido como uma forma de paternalismo e de restrição de liberdade de organização do trabalho (RAY, 2016).

Embora o direito à desconexão possa ser compreendido de modo diverso, conforme a Geração do trabalhador, ninguém contesta uma verdadeira patologia de hiperconexão, nem que a banalização do *always on* associada ao culto da urgência seja uma fonte de risco psicossocial, de assédio moral e, principalmente, de *burn out*. É preciso lembrar que, mesmo para Geração *IGen/ Millennials*, existe um botão *off* que deve ser acionado (por todos), pois todo trabalho tem um limite.

Além de ser uma questão de saúde do trabalhador, a desconexão relaciona-se à qualidade de vida fora do trabalho, qualidade no trabalho e de qualidade do trabalho (LOISEAU, 2017). Por isso, o interesse de um direito de desconectar que se insere na obrigação de prevenção contra os riscos à saúde e à segurança dos empregados no direito francês (GAURIAU, 2017).

Desconectar significa não estar sempre acessível, não ser controlado à distância durante o tempo de descanso e recuperação (JAURÉGUIBERRY, 2007); significa limitar o tempo de trabalho, fruto de conquista histórica dos trabalhadores⁵ e que “continua ocupando

3 Trata-se de um fenômeno que atinge muitos trabalhadores: o de uma fronteira cada vez mais tênue entre a vida privada e a profissional.

4 Indivíduos que nasceram entre 1995 e 2012.

5 Cf. Tratado de Versalhes (1919) e Declaração dos Direitos do Homem (1948).

lugar de destaque na luta entre a classe trabalhadora (pela sua diminuição) e a classe empregadora (pela sua extensão)”(CAVALCA, 2018). Em termos práticos, é o direito de não receber chamadas telefônicas, e-mails ou mensagens instantâneas fora do horário de trabalho, em respeito ao direito à saúde, ao repouso, ao lazer, à vida em família e em sociedade do trabalhador.

Foi para se adaptar a esta realidade e criar as necessárias proteções aos trabalhadores que o direito à desconexão surgiu, “tutelando o descanso como um bem jurídico humano e fundamental” (MOLINA, 2017), bem como garantir o direito à saúde, ao repouso, ao lazer e o respeito à vida privada.

Um direito à desconexão de origem

certos limites a não serem ultrapassados, a saber: o respeito à saúde, vida privada e domicílio do empregado. Isso porque, a subordinação cessa às “portas do domicílio do empregado, território de intimidade e de vida privada”⁹ (RAY, 2002). Ressalte-se, enfim, que além de ter sido afirmado pela jurisprudência da *Cour de cassation*, o direito à desconexão também estava previsto em alguns acordos coletivos¹⁰.

No Brasil, no mesmo sentido, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho reconhece o direito à desconexão do trabalho sobretudo em litígios acerca do sobreaviso, jornadas de trabalho excessivas (BRASIL, 2017a) e uso do telefone celular corporativo (BRASIL, 2017b), em que ficou caracterizado o estado de alerta permanente do trabalhador e

“Na França, a Cour de cassation decidiu há quase 20 anos, que o empregado não é obrigado a aceitar trabalhar em sua casa, nem a instalar em seu domicilio instrumentos e ferramentas de trabalho.”

jurisprudencial na França e no Brasil. Na França, a *Cour de cassation*⁶ decidiu há quase 20 anos, que o empregado não é obrigado a aceitar trabalhar em sua casa, nem a instalar em seu domicilio instrumentos e ferramentas de trabalho⁷.

Em 2004⁸, na continuidade de sua jurisprudência, a *Cour de cassation* considerou que o fato de não ser possível contatar o empregado fora do horário de trabalho pelo seu celular pessoal não justifica a demissão disciplinar por falta grave, pois o empregado tem direito à desconexão. Na realidade, há anos a *Cour de cassation* indica aos empregadores

sua disponibilidade a todo momento (BRASIL, 2013), o que potencialmente viola seu direito à saúde, ao repouso, lazer e a vida privada (BRASIL, 2017c). A doutrina e a jurisprudência reconhecem que a violação desses direitos fundamentais por ato ilícito do empregador pode autorizar a indenização por dano existencial (BOUCINHAS FILHO; ALVARENGA, 2013); (CARDOSO, 2014); (MOLINA, 2017); (FERREIRA; SILVA, 2020).

Um direito à desconexão consagrado em lei na França. A França foi o primeiro país europeu a integrar o direito à desconexão ao ordenamento jurídico. Consagrado inicialmente

6 Equivalente em matéria de Direito do Trabalho, ao Tribunal Superior do Trabalho.

7 *Cass. soc. 2 octobre 2001, 99-42.727, Bulletin 2001, V, n° 292, p. 234.*

8 *Cass. soc. 7 février 2004, 01-45.889, Inédit.*

9 « *La subordination s'arrête avec la suspension du contrat de travail et a fortiori aux portes du domicile, territoire de 'l'intimité de la vie privée' qui n'est pas un lieu comme un autre* ». No mesmo sentido : A. SUPIOT, *Travail, droit et technique*. Dr. Soc, 2002.13.

10 Principalmente, « *les accords d'entreprise* ».

pela jurisprudência e por acordos coletivos, o direito à desconexão traduz-se como o direito do empregado de não estar conectado às suas ferramentas digitais profissionais (computador, *lpad*, *smartphone*, etc.) fora do horário de trabalho (QUINTON, 2017), a fim de que seja respeitada a jornada máxima de trabalho e períodos mínimos de repouso (RAY, 2016). O escopo do direito à desconexão, no direito francês, é garantir a fruição do direito à saúde, repouso, lazer e vida privada. A legislação francesa privilegiou o diálogo social para a implementação do direito de desconectar. O objetivo é que os atores sociais definam um direito à desconexão que se adapte à cultura da empresa, proporcione um equilíbrio entre os interessados, preserve a autonomia do trabalhador e os interesses do empregador, em torno de um tema complexo que é o direito ao repouso na era digital.



Feitas essas considerações iniciais, será examinado, num primeiro momento, o direito à desconexão na França e no Brasil (I). Num segundo momento, será analisada a importância do direito à desconexão em regime de teletrabalho, no contexto da Covid-19 (II):

I/DIREITO À DESCONEXÃO

Inicialmente, convém determinar a noção do direito à desconexão (A) e em seguida, o regime jurídico aplicável na França e no Brasil (B):

A/ Noção. No Brasil, o direito à desconexão se traduz como o direito do empregado “de se desligar, concretamente, do trabalho” (MARTINS, 2019) de, em seus momentos de descanso, férias, feriados, não estar à disposição do empregador, de não estar conectado a ferramentas digitais, a fim de poder descansar e se recuperar física e mentalmente (MARTINS, 2019). É o “direito individual do trabalhador de liberar-se das ordens emanadas do seu empregador nos interregnos de descanso legalmente estabelecidos, e também como prerrogativa da própria sociedade e da família” (MAFFRA, 2015). Enfim, é o direito de não

trabalhar; é “uma forma do homem (enquanto gênero humano) encontrar-se a si mesmo, para que consiga ser pai, mãe, filho, amigo; para que leia livros, assista filmes etc.; para que tenha tempo para rir, chorar, se emocionar...” (SOUTO MAIOR, 2003).

Na prática, consiste em que o trabalhador “fora do horário de expediente, não realize nenhuma atividade relacionada ao trabalho, como atender a chamadas telefônicas ou prestar esclarecimentos por aplicativos de mensagens instantâneas e correio eletrônico” (MELO; RODRIGUES, 2018).

Na França, no mesmo sentido, o direito a desconexão é o direito de todo trabalhador de se desconectar das ferramentas digitais profissionais (celular, e-mail, etc.) fora do horário de trabalho (em casa, feriados, tempo de descanso, fins de semana, noites, etc.). Na ausência de uma definição expressa do direito à desconexão, o Código do trabalho francês parece atribuir-lhe como objetivo assegurar a todo trabalhador o respeito do tempo de repouso, de vida pessoal e familiar¹¹.

11 Disponível em: <http://www.inrs.fr/>. Acesso em 15 out. 2020.

Depreende-se, pois, que nos dois países, o direito à desconexão visa garantir ao trabalhador o direito à saúde, repouso, lazer e proteção da vida privada.

Direito à saúde, repouso e lazer. A melhoria da segurança e da saúde no trabalho é uma questão importante para a União Europeia. Desde os anos 1980, uma legislação europeia se constrói a fim de fixar normas mínimas de proteção de todos os trabalhadores (o que não impede os Estados-Membros de legislar de modo mais rigoroso sobre o tema). Dentre elas, cite-se: Diretiva-Quadro 89/391/CEE relativa à aplicação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde dos trabalhadores no trabalho; Diretiva 93/104/CE relativa a determinados aspectos da organização do tempo de trabalho; Diretiva-Quadro 89/654/CEE relativa aos requisitos de saúde e segurança no local de trabalho; Diretiva-Quadro 92/58/CEE sobre a sinalização de segurança e/ou de saúde no trabalho; Diretiva-Quadro 89/655/CEE com a redação que lhe foi dada pela Diretiva 2001/45/CE e pela Diretiva 2009/104/CE sobre a utilização de equipamentos de trabalho; Diretiva-Quadro 92/85/CEE sobre as trabalhadoras grávidas; Diretiva-Quadro 90/394/CEE sobre a exposição a agentes cancerígenos e proteção contra riscos ligados à exposição a agentes cancerígenos ou mutagênicos durante o trabalho¹², etc.

12 “Quando o Tratado de Lisboa entrou em vigor em 2007, a Carta dos Direitos Fundamentais (2000) tornou-se juridicamente vinculativa, conferindo à saúde e à segurança no trabalho uma relevância ainda maior no contexto da legislação da União Europeia (Artigos 91, 114, 115, 151, 153 e 352 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)). O Pilar Europeu dos Direitos Sociais, subscrito pelo Conselho da União Europeia, pela Comissão e pelo Parlamento Europeu em 2017, define 20 princípios e direitos acerca das condições de trabalho que assegurem a saúde, a segurança e a dignidade dos trabalhadores, nos termos da Carta dos Direitos Fundamentais. Apesar de não ter caráter vinculativo, o Pilar Europeu é um conjunto de medidas legislativas e jurídicas cujo objetivo é proporcionar melhores condições de vida e de trabalho na União Europeia”. Disponível em <https://www.europarl.europa.eu>. Acesso em 15 out. 2020.

Interpretando a Diretiva 93/104, a Corte de Justiça da União Europeia (CJUE) enunciou que o trabalhador deve beneficiar de períodos de repouso adequados que permita a recuperação da fadiga do trabalho, e também de períodos de repouso preventivos, de forma a minimizar os riscos à saúde que a acumulação de períodos de trabalho sem o repouso necessário é suscetível de provocar. Tais períodos de descanso devem, assim, suceder-se imediatamente ao tempo de trabalho que se destina a compensar, com o fito de evitar a ocorrência de um estado de fadiga ou de esgotamento do trabalhador pela acumulação de períodos consecutivos de trabalho sem repouso¹³.

Alinhando-se a essa jurisprudência, a *Cour de cassation*, sob o fundamento da Diretiva 93/104/CE já teve a ocasião de enunciar que período de descanso (repouso) é qualquer período que não seja tempo de trabalho. Trata-se do período durante o qual o trabalhador está totalmente dispensado, salvo em casos excepcionais, da prestação de trabalho para seu empregador, mesmo que seja apenas eventual ou ocasional¹⁴. Aliás, segundo a *Cour de cassation*, o tempo de repouso exige a suspensão total de toda forma de subordinação jurídica “direta ou indireta”¹⁵.

Na França, o direito a saúde e ao repouso são direitos à *valeur constitutionnelle* enunciados pelo *Conseil constitutionnel* francês, à partir da interpretação da alínea 11 do Preâmbulo da Constituição de 1946¹⁶ (FAVOREAU, 2012).

13 CJCE, Acórdão do Tribunal de 9 de Setembro de 2003. *Landeshauptstadt Kiel* contra *Norbert Jaeger*. Processo C-151/02. *European Court Reports* 2003 I-08389; ECLI:EU:C:2003:43.

14 *Cass. soc. 10 juillet 2002, 00-18.452, Publié bulletin*.

15 *Cass. soc. 4 mai 1999, Bull. civ. V, n° 187, Dr. soc. 1999, p. 730*.

16 *Conseil constitutionnel n° 80-117 DC, 22 juillet 1980, cons. 4 ; n° 90-283 DC, 8 janvier 1991, cons. 7 et 8 ; n° 99-423 DC, 13 janvier 2000, cons. 27 ; n° 2009-588 DC, 6 août 2009, cons. 2*.

Vê-se, pois, que o ordenamento jurídico, a jurisprudência europeia e francesa reconhecem aos trabalhadores o direito à saúde, repouso e lazer. No Brasil, no mesmo sentido, o direito à saúde (nele compreendida a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança¹⁷), o repouso e o lazer são direitos fundamentais assegurados a todo trabalhador, conforme previsto nos artigos 6º, *caput*, 196 e 217, § 3º da Constituição da Federal.

Direito à proteção da vida privada.

Visa preservar a intimidade, a vida privada e de família do trabalhador, propiciar melhor conciliação entre vida profissional e pessoal. É o direito à preservação da intimidade e à convivência familiar, conforme previsto nos artigos 5º, V e X e 227 da Constituição Federal (MARTINS, 2019).

Na França, o direito à proteção da vida privada é um direito fundamental à *valeur constitutionnelle*¹⁸ que compreende a proteção da intimidade e da vida de família do trabalhador¹⁹ (FAVOREAU, 2012).

B/ Regime Jurídico

Construção jurisprudencial no Brasil.

Embora não haja texto legal disciplinando expressamente o direito à desconexão, a jurisprudência enuncia esse direito com fundamento, dentre outros, nos seguintes dispositivos da Constituição Federal²⁰: direito à intimidade e à vida privada (art. 5º, V e X), à saúde (art. 6º e 196), à limitação da

jornada de trabalho (art. 7º, XIII e XIV), ao repouso semanal (art. 7º, XV), ao gozo de férias anuais remuneradas (art. 7º, XVII), ao lazer (217, § 3º) e à convivência familiar (art. 227). Ressalte-se que, segundo doutrina abalizada, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III) também pode ser invocado como fundamento legal do direito à desconexão (LENZA, 2015); (SOUTO MAIOR, 2003); (MOLINA, 2017).

Recentemente, foi apresentado o Projeto de Lei nº 4044 de 2020²¹ que dispõe sobre o direito à desconexão do trabalho²² e revoga o inciso III, do art. 62, da CLT. Em seu artigo 1º define o direito à desconexão, que “consiste na fruição, pelo empregado, de seu tempo de folga,

21 Autoria do Senador Fabiano Contarato (REDE/ES).

22 “Art. 65-A. As disposições deste Capítulo aplicam-se aos casos de teletrabalho, ainda que esta modalidade seja realizada de forma parcial, incluída qualquer comunicação entre empregador e empregado atinente ao trabalho e realizada através de ferramentas telemáticas. Art. 72-A. Durante os períodos de descanso de que trata esta Seção, o empregador não poderá acionar o empregado por meio de serviços de telefonia, mensageria, aplicações de internet ou qualquer outra ferramenta telemática, exceto em caso de necessidade imperiosa para fazer face a motivo de força maior ou caso fortuito, atender à realização de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto, hipótese em que serão aplicadas as disposições relativas à hora extraordinária. § 1º. A ausência de resposta do empregado à comunicação feita pelo empregador durante os períodos de descanso não será considerada falta funcional. § 2º. As exceções previstas no caput deste artigo deverão ser previstas em acordo coletivo ou convenção coletiva. Art. 133-A. Durante o gozo das férias, o empregado será excluído dos grupos de trabalho do empregador existentes nos serviços de mensageria e excluirá de seu aparelho eletrônico privado todas as aplicações de internet exclusivas do trabalho, sem prejuízo da obrigação de o empregador reter os aparelhos eletrônicos portáteis exclusivos do trabalho. § 1º. O empregador poderá adicionar o empregado aos grupos de trabalho e o empregado reinstalará as aplicações de internet somente após o período de gozo das férias. § 2º. As disposições desse artigo abarcarão outras ferramentas tecnológicas que tiverem o mesmo fim e que vierem a ser criadas. Art. 3º. Fica revogado o inciso III, do art. 62, do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943”.

17 Art.7º, XXII da Constituição da Federal.

18 *Conseil constitutionnel n° 99-416 DC du 23 juillet 1999*.

19 Artigo 9, parágrafo 1º, do Código Civil; artigo 8 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos e Liberdades Fundamentais do Homem e artigo L.1121-1 do Código do Trabalho da França.

20 Outros dispositivos infraconstitucionais também podem ser invocados como fundamento jurídico ao direito à desconexão, p.ex.: Artigos 66 a 73; 129 a 145 da CLT e Lei 605 de 5 de janeiro de 1949.

a fim de garantir seu direito à saúde, ao lazer e à vida privada”. A justificativa do Projeto discorre sobre a importância do tempo de “não-trabalho” como medida de proteção à saúde e à vida privada, e de garantia do direito ao repouso e lazer do trabalhador. Afirma, também, que “nada impede que acordos ou convenções coletivas tratem do assunto, desde que sejam respeitados os parâmetros mínimos que aqui propomos”.

Em 2016, o legislador tentou regulamentar a questão do direito à desconexão do trabalho, sem sucesso²³.

Norma legal na França: artigo L. 2242-17, 7° do Código do Trabalho. Em 2015, o Relatório *Mettling*²⁴ destacou os principais efeitos da introdução da tecnologia digital no mundo do trabalho²⁵ recomendando a todos os trabalhadores um direito à desconexão, cujo objetivo é o de assegurar o respeito aos períodos de descanso (férias, fins de semana, intervalos entre e intrajornadas), bem como o equilíbrio entre a vida profissional, privada e familiar.

O direito à desconexão na França foi consagrado no artigo 55 da Lei nº 2016-1088 de 8 de agosto de 2016²⁶

23 Projeto de Lei nº 6038/2016 de autoria da Deputada Ângela Albino (PCdoB-SC) dispendo sobre o direito à desconexão do trabalho foi apresentado, rejeitado e arquivado em 21 de agosto de 2019.

24 *Rapport Mettling sur la Transformation numérique et vie au travail à l'attention de Mme Myriam El Khomri, Ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, Septembre 2015.* Disponível em : <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/154000646.pdf>. Acesso 1 out. 2020.

25 A saber: o impacto das ferramentas digitais na vida dos trabalhadores e das empresas; modificação da organização do trabalho, condições de trabalho e *management*; novas formas de trabalho “*hors-salariat et plus généralement la création de zones de non-droit*”.

26 *Article 55 de la Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.*

relativa ao trabalho, à modernização do diálogo social e à proteção do percurso profissional (também chamada *Loi travail* ou *Loi El Khomri*²⁷), e entrou em vigor em 1 de janeiro de 2017²⁸. Atualmente, o direito à desconexão²⁹ está inscrito no artigo L. 2242-17, 7° do Código do Trabalho³⁰, o qual afirma que as negociações anuais sobre igualdade profissional entre mulheres e homens, e qualidade de vida no trabalho, tratarão das modalidades para o pleno exercício pelo empregado do seu direito à desconexão e a implementação pela empresa de dispositivos que regulem a utilização de ferramentas digitais, com o intuito de garantir o cumprimento dos períodos de tempo de repouso e férias, bem como de vida pessoal e familiar. Na falta de acordo entre as partes, o empregador deverá elaborar um regulamento, após consulta do Comitê Social Econômico (*CSE-Comité Social et Économique*³¹). O regulamento deverá estabelecer os procedimentos para o exercício do direito à desconexão e sua implementação aos empregados, equipes de supervisão [direção] e de gestão, bem como ações de treinamento e conscientização sobre o uso razoável de

27 Em alusão à Ministra do Trabalho à época: Mme. Myriam El Khomri.

28 *Modifié par Loi n°2018-771 du 5 septembre 2018 - art. 104 (V) Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective Ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017 - art. 7. V. Loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités.*

29 Outros dispositivos do Código do Trabalho francês tratam, direta ou indiretamente, do direito à desconexão: Artigos L. 1222-9 a L. 1222-11; Art. L. 3121-18, L. 3121-20; Art. L. 3131-1, L. 3132-1, L. 3141-1; Art. L. 4121-1; L. 1121-1.

30 Segunda Parte do Código do Trabalho- Relações coletivas de trabalho (Artigos L2111-1 a L2632-2)- Livro II: Negociação coletiva - Acordos e acordos coletivos de trabalho (Artigos L2211-1 a L2283-2)- Título IV: Domínios e periodicidade da negociação obrigatória (Artigos L2241-1 a L2243-2), Capítulo II: Negociação interna obrigatória (Artigos L2242-1 a L2242-21).

31 Instância representativa do pessoal : arts. L2311-1 à L2317-2 do Código do Trabalho da França.

ferramentas digitais³².

Depreende-se do dispositivo que é por meio da negociação coletiva anual³³ e obrigatória³⁴ sobre a qualidade de vida no trabalho que a empresa definirá o seu “próprio” direito de desconexão aplicável a todos os seus trabalhadores, de acordo com a cultura empresarial e as necessidades de seus colaboradores.

Assim, nas empresas com mais de 50 colaboradores, a negociação coletiva anual obrigatória referente à qualidade de vida no trabalho deverá tratar do direito à desconexão. Dessas discussões deverá resultar um acordo firmado entre o empregador e sindicatos. Caso a negociação fracasse, ou caso a empresa tenha menos de 50 trabalhadores, o empregador deve elaborar um regulamento, após consulta do Comitê Social Econômico, fixando as regras sobre o direito à desconexão.

Cuida-se de estabelecer as regras que permitirão ao trabalhador o pleno exercício do direito à desconexão, bem como

32 Art. L. 2242-17, 7° : « *La négociation annuelle sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail porte sur (...) 7° Les modalités du plein exercice par le salarié de son droit à la déconnexion et la mise en place par l'entreprise de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale. À défaut d'accord, l'employeur élabore une charte, après avis du comité social et économique. Cette charte définit ces modalités de l'exercice du droit à la déconnexion et prévoit en outre la mise en œuvre, à destination des salariés et du personnel d'encadrement et de direction, d'actions de formation et de sensibilisation à un usage raisonnable des outils numériques* ».

33 Salvo acordo de empresa prevendo uma periodicidade diferente, e no limite de 4 anos .

34 Uma negociação sobre a igualdade profissional/remuneração entre homens e mulheres, qualidade de vida no trabalho (e a articulação entre vida pessoal e profissional, luta contra discriminação, inserção profissional, trabalhadores deficientes, modalidades do exercício do direito à desconexão, etc.). Cf: Art. L. 2242-1 do Código do Trabalho da França.

os mecanismos de regulação da utilização de ferramentas digitais de forma a garantir o cumprimento dos períodos de repouso, férias, feriados, bem como o respeito à sua vida privada e familiar. As empresas também devem promover ações de sensibilização e formação de seus empregados, inclusive de supervisores e da direção, acerca a utilização racional das tecnologias digitais.

O legislador francês não estimou necessário tratar do direito à desconexão nas empresas com menos de 50 empregados. Estas empresas não serão obrigadas a negociar. Nesse ponto indaga-se se o legislador falhou pois, nessas empresas, os empregados não poderão invocar as regras do Código do Trabalho para beneficiarem do direito a desconectar. Estima-se, todavia, prudente que o empregador estabeleça regras para a desconexão, pois a *Cour de cassation* é muito sensível às questões afetas à proteção da saúde do trabalhador e muito provavelmente condenará o empregador que não assegurar a seus trabalhadores um direito à desconexão.

Alguns acordos coletivos mencionam como exemplo do direito à desconexão do trabalho: o bloqueio de acesso ao e-mail corporativo durante o tempo de repouso do trabalhador; ativação de mensagens automáticas de ausência e reorientação de e-mails; ferramenta de programação do horário de envio de e-mails; configuração de *pop-ups* em caso de conexão excessiva ou instalação de *software* que permite o registro remoto de conexão fora da jornada de trabalho³⁵.

Desconexão e saúde do trabalhador: uma obrigação do empregado e do empregador. Na França, a obrigação de proteger a segurança e a saúde física e mental do trabalhador (*obligation de sécurité*) é prevista em lei (art. L. 4121-1 do Código do

35 *Accord de Groupe Air Bus, 2018. Accord de Groupe Total, 2019. Accord Groupe Carrefour, 2017.*



Trabalho), e exige que o empregador realize o necessário para proteger a saúde do trabalhador (e do teletrabalhador), garantir a segurança dos locais e equipamentos de trabalho, prevenir os riscos (físicos e psicossociais) associados à atividade profissional, bem como assegurar condições de trabalho respeitadas das normas de higiene, saúde e segurança (GAURIAU, 2017). Em virtude desta obrigação, o empregador deve avaliar os riscos (físicos e psicossociais) a que o trabalhador (e teletrabalhador) está exposto, bem como respeitar as jornadas máximas de trabalho, garantir o tempo de repouso, regular a carga de trabalho e respeitar a vida privada do empregado³⁶. Enfim, diligenciar e tomar as medidas necessárias ao efetivo exercício do direito à desconexão. Igualmente, o empregado deve fazer uso prudente e razoável das ferramentas tecnológicas respeitando as práticas regulamentares vigentes na

36 Assim, dependendo das ferramentas disponibilizadas pela empresa e da sua utilização, poderá ser conveniente incluir no documento único de avaliação dos riscos, o risco que representa a hiperconexão para a saúde física e mental dos colaboradores (Cf. *Document Unique d'Évaluation des Risques (DUER)* : Art. R4121-1 à R4121-4 do Código do Trabalho da França).

empresa. Assim, salvo casos excepcionais, não deve haver conexão fora do horário de trabalho, durante o tempo de repouso, descanso semanal remunerado, feriados ou férias.

Efetividade e sanção. As atuais disposições do Código do Trabalho francês não preveem sanção na hipótese de não-implantação do direito à desconexão. A ausência de negociação anual obrigatória constitui um delito (*delit d'entrave*³⁷), mas não foi prevista qualquer sanção para a ausência de acordo sobre o direito à desconexão. Pode-se indagar sobre a efetividade desse direito, pois a ausência de sanção pode dissuadir as empresas a negociarem o direito à desconexão.

Foi nesse sentido que em artigo precedente (GAURIAU, 2019) afirmei que o direito à desconexão na França apresentava “falhas/lacunas”, por entender que as disposições atuais do Código do Trabalho por não serem coercitivas, não asseguram a efetividade do direito à desconexão. Todavia, apesar da ausência de medidas coercivas, o descumprimento das obrigações de proteção da saúde e segurança do trabalhador, no direito do trabalho francês,³⁸ são severamente sancionadas pela *Cour de cassation*, o que deve encorajar as empresas a abordar a questão da desconexão em futuras negociações.

II/ TELETRABALHO, COVID-19 E DESCONEXÃO

A pandemia do novo coronavírus (Covid-19) modificou profundamente a organização do trabalho. No Brasil e na França, o teletrabalho foi privilegiado e encorajado pelas autoridades públicas como um modo de organização de trabalho que permite a continuidade da atividade da

37 Art. L. 2242-1 do Código do Trabalho. *Cass. Crim.* 18 novembre 1997, 96-80.002, *Publié au bulletin*.

38 Art. L. 4121-1 e s. do Código do Trabalho francês.

empresarial, bem como medida de proteção da saúde e segurança de empregados e empregadores, e da sociedade em geral.

No momento presente³⁹, a Europa enfrenta uma “segunda onda” da pandemia de Covid-19 e o teletrabalho é mais do que nunca incentivado pelo Governo francês⁴⁰.

Legislação. No Brasil, a Lei nº 13.979 de 6 de fevereiro de 2020 dispôs sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus. O Decreto Legislativo nº 6 de 20 de março de 2020 reconheceu o estado de calamidade pública em todo o Território Nacional, até 31 de dezembro de 2020, em razão do novo coronavírus (Covid-19). A Medida Provisória

nº 927 de 22 de março de 2020⁴¹ dispôs sobre as medidas trabalhistas a serem adotadas pelos empregadores para preservação do emprego e da renda, e para enfrentamento do estado de calamidade pública. Dentre elas foi instituído um regime jurídico especial e temporário para o teletrabalho, no setor privado. A Medida Provisória nº 927 teve seu prazo de vigência encerrado no dia 19 de julho de 2020⁴².

Na França, não foi necessária a publicação de legislação específica para regulamentar o teletrabalho no contexto atual, pois havia disposição legal prevendo que, no caso de uma epidemia, a implementação do teletrabalho poderia ser considerada como um modo de organização de trabalho que permite a continuidade da atividade empresarial e garante a proteção da saúde e segurança do empregado (art. L.1222-11 do Código do Trabalho) (GAURIAU, 2020).

Atualmente, o teletrabalho no setor privado⁴³ é regido, no Brasil, pelos artigos 75-A a 75-E e 62, III da CLT e na França, pelo artigos L.1222-9 e L.1222-11 do Código do Trabalho.

Limitação de jornada. Desconexão. Nesse contexto de pandemia, restou claro que o teletrabalho- na França e no Brasil- tem efeitos sobre a vida familiar, social e privada do trabalhador. Trabalhar em casa reduziu significativamente a fronteira entre a vida pessoal e profissional, especialmente para as mulheres (dupla jornada feminina), sobretudo para aquelas que têm filhos pequenos ou que são chefes de família, ou ainda para os trabalhadores que se ocupam de familiares em situação de risco ou vulneráveis (GAURIAU, 2020). Revelou, ainda, o problema da hiperconexão, a dificuldade em controlar a jornada de trabalho, a carga de trabalho e o respeito aos intervalos para alimentação, domingos e feriados. Enfim, expôs as dificuldades em exercer o direito à

39 Em 29 de outubro de 2020.

40 A França conheceu um primeiro estado de urgência sanitária de 23 de março de 2020 a 10 de julho de 2020, a fim de proteger a população e impedir a propagação da COVID-19 (*Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, Loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions. Loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire*). Em 17 de outubro de 2020, um segundo estado de urgência sanitária entrou em vigor, a fim de combater uma segunda onda da epidemia de COVID-19. Nesse cenário, em 30 de outubro de 2020 foi decretado um novo *lockdown*, em princípio, até 1 de dezembro de 2020. Várias medidas foram publicadas no Jornal Oficial, dentre elas, o teletrabalho obrigatório, sempre que possível e protocolos de proteção da saúde dos trabalhadores: v. *Loi 2020-1379 du 14 novembre 2020 autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire. Décret n° 2020-1257 du 14 octobre 2020 déclarant l'état d'urgence sanitaire. Décret n° 2020-1262 du 16 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. Décret n° 2020-1310 du 29 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. Protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de Covid-19 Ministère du Travail. Version du 13 novembre 2020*. Disponível em: www.legifrance.gouv.fr. Acesso em 21 de novembro de 2020.

41 Projeto de Lei de Conversão nº 18/2020 (MP 927/2020).

42 Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 92, de 2020. DOU 31/07/2020.

43 Numa relação de emprego.

desconexão que é, mais do que nunca questão atual. Na França, inúmeras negociações coletivas⁴⁴ abordam a questão, e no Brasil, como dito anteriormente, recente Projeto de Lei busca regulamentar tal direito.

Embora as atuais disposições do Código do Trabalho francês relativas ao teletrabalho não mencionem expressamente o direito à desconexão, pode-se inferir que há referência implícita nos dispositivos que preveem as modalidades de controle do tempo de trabalho, de regulação da carga de trabalho e de horários nos quais o empregador pode geralmente contatar o teletrabalhador (ROSA, 2020).

Na França, a jornada de trabalho do teletrabalhador é controlada. Cuida-se de uma obrigação do empregador e um direito do empregado⁴⁵. Como o teletrabalhador é regido pela legislação trabalhista, o empregador deve respeitar a jornada de trabalho e os intervalos de descanso (entre e intrajornadas), como o faz em relação ao trabalhador presencial. O teletrabalhador tem direito ao controle da carga de trabalho e à determinação de horários nos quais pode ser contactado pelo empregador (GAURIAU, 2019). Assim, se há controle de jornada, pode-se concluir que há, ao menos em tese, o direito de se desconectar.

No Brasil, contrariamente à França, o art. 62, III, da CLT excluiu expressamente o teletrabalhador do controle da jornada de trabalho. Todavia, “o fato de o empregador não fiscalizar a jornada de trabalho do empregado não legitima a imposição de jornadas superiores ao limite imposto pela Constituição da República” (MARTINS, 2019). Nesse contexto, a doutrina defende que “o direito à desconexão ganha maior importância, nasce como um direito subjetivo do teletrabalhador que não possui controle de jornada, bem como não tem jornada definida” (MARTINS, 2019). Consequentemente, caso fique comprovada a inobservância por parte

do empregador do direito à desconexão do empregado, “nos casos de teletrabalho e sem qualquer controle de jornada, deve haver uma indenização [além do pagamento de horas extras], considerando o ilícito praticado (art. 186 do Código Civil) (MARTINS, 2019), sem olvidar a possibilidade de dano existencial.

Conclusão. Em cerca de 25 anos, passamos de um período em que era um privilégio ter uma conexão, a um período de excessiva conexão, de sobrecarga de informação, de disponibilidade remota permanente, um sentimento de assédio e/ou vigilância, de controle e acessibilidade a qualquer horar e lugar.

Não é diferente no mundo do trabalho. Nesse mundo hiperconectado, a fronteira entre o tempo profissional e privado se confunde.

A atual pandemia de Covid-19 agravou a situação, pois embora o teletrabalho tenha benefícios e vantagens indiscutíveis para os trabalhadores, principalmente a proteção contra o risco de contaminação e propagação da Covid-19, também trouxe desvantagens: hiperconexão, longas jornadas de trabalho, intensificação da carga de trabalho, dificuldades em delimitar o espaço profissional e privado, com repercussões na saúde física e mental dos trabalhadores.

A pandemia também agravou a crise econômica, o desemprego e o risco do desemprego. Consequentemente, há um comprometimento excessivo dos indivíduos com o trabalho por medo de não estar à altura ou simplesmente de perder o emprego. Nesse contexto, como exercer o direito à desconexão?

O direito a desconexão só pode ser efetivo se empregador e empregado compreenderem que a capacidade de trabalhar não é infinita e que nem o trabalhador, nem o trabalho são uma

44 Em 22/10/2020, cerca de 16.000 acordos coletivos tratam direta ou indiretamente do direito à desconexão. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/>. Acesso em 22 de outubro de 2020.

45 Art. L.1222-9 et s. do Código do Trabalho francês.

mercadoria: trata-se de uma questão de equilíbrio. Entre FOMO (*Fear Of Missing Out*) e FOBO (*Fear Of Being Offline*) existe o JOMO (*Joy of missing out*), o encontro do eu com o eu, a plenitude e o sentimento...⁴⁶ Desconectar é, atualmente, um privilégio...

Referências

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O dano existencial e o direito do trabalho. **Revista Legislação do Trabalho**, São Paulo, v. 77, n. 4, p. 450-458, abr. 2013.

BOUCHET, J.-P. *Au nom de qui parle-t-on du travail ?* **Dr. soc.** 2015. 155.

BRASIL. TRTBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. AIRR-2058-43.2012.5.02.0464, 7ª Turma, Relator Claudio Mascarenhas Brandão, DEJT 27 out. 2017a. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/tos/921ba76557c4686812d59ac984d9b0ed>.

Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. TRTBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. AIRR-906-71.2014.5.02.0372, 7ª Turma, Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 01 set. 2017b. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/entos/8493ccdf249f1dd9f5cbad85f7c2552>.

Acesso em: 20 nov. 2020.

46 "Fiquei sozinha um domingo inteiro. Não telefonei para ninguém e ninguém me telefonou. Esta: a totalmente só. Fiquei sentada num sofá com o pensamento livre. Mas no decorrer desse dia até à hora de dormir tive umas três vezes um súbito reconhecimento de mim mesma e do mundo que me assombrou e me fez mergulhar em profundezas obscuras de onde saí para uma luz de ouro. Era o encontro do eu com o eu. A solidão é um luxo". Clarice Lispector, In "Um sopro de vida".

BRASIL. TRTBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. RR-103800- 24.2009.5.17.0004, 2ª. Turma, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, DEJT 13 set. 2013. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. TRTBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. RR-103800- 24.2009.5.17.0004, 2ª. Turma, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, DEJT 13 set. 2013. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/ff09ea7e9e4a6e04f6903cd413dba94a>. Acesso em: 20 nov. 2020.

CARDOSO, Deborah Branquinho. O dano existencial causado pela não desconexão do trabalho e pelo descumprimento das normas de saúde e segurança do meio ambiente laboral. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região**, Goiânia, v. 16, p. 285-299, 2014.

CAVALCA, Renata Falson. O teletrabalho: a questão do trabalho e suas interseções com a tecnologia. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 106, p. 171-200, mar./abr. 2018.

FAVOREAU, Louis e al. **Droit et libertés fondamentales**. 6. ed. Dalloz, 2012, 701p.

FERREIRA, Vanessa Rocha. SILVA; Érika de Kássia Costa da. O dano existencial por ofensa ao direito à desconexão do trabalhador na relação laboral. **Revista LTr: legislação do trabalho**, v. 84, n. 5, p. 606-615, maio, 2020.

GAURIAU, Rosane. Contribuição ao estudo do assédio moral: estudo comparado franco-brasileiro. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. São Paulo, vol. 83, n. 2, p. 223-258, abr./jun., 2017.

_____. Breve estudo comparado sobre o teletrabalho na França e no Brasil.

Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, Brasília v. 23, n. 2, p. 36-47, dez. 2019.

Disponível em: <http://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10>. Acesso em: 21 nov. 2020.

_____. Teletrabalho em tempos de Covid-19: um estudo comparado franco-brasileiro. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região**, Brasília, v. 24, n. 1, p. 219-230, 19 ago. 2020. Disponível em: <https://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/387> Acesso em: 20 nov. 2020.

JOURÉGUIBERRY, Francis. Les téléphones portables, outils du dédoublement et de la densification du temps : un diagnostic confirmé. **Tic & société, association ARTIC**, 2007, 1 (1), pp.79-103. Disponível em: [ff10.4000/ticetsociete.281ff. fhalshs-00823878f](https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00823878f). Acesso em: 2 out. 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, 1560p.

LOISEAU, Grégoire. La déconnexion. Observations sur la régulation du travail dans le nouvel espace-temps des entreprises connectées. **Dr. Soc.** 2017.463.

MAFFRA, Márcia Vieira. Direito à desconexão no universo do trabalho. In: GUERRA, Giovanni Antônio Diniz; VASCONCELOS, Ricardo Guerra; CHADI, Ricardo (Org.). **Direito do Trabalho**. Belo Horizonte: FUMARC, 2015. v. 2, p. 505-520.

MARTINS, Adalberto. O direito à desconexão no teletrabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 45, n. 202, p. 201-221, jun. 2019. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/165082>. Acesso 14 out. 2020.

MELO, Sandro Nahmias; RODRIGUES, Karen Rosendo de Almeida Leite. **Direito à desconexão do trabalho**. São Paulo: LTr, 2018, 112p.

MOLINA, André Araújo. Dano existencial por violação dos direitos fundamentais ao lazer e à desconexão do trabalhador. **Revista Ltr: legislação do trabalho**, São Paulo, SP, v. 81, n. 4, p. 465-477, abr. 2017.

QUINTON, Sophie Fanton. *Le droit à la déconnexion : un premier pas !!!! The right to disconnect: a first step!!!! Archives des Maladies Professionnelles et de L'Environnement*, Elsevier Masson, 2017, 78 (6), p. 516-518. Disponível em: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01721482/document>. Acesso em: 14 out. 2020.

RAY, Jean-Emmanuel. *Naissance et avis de décès du droit à la déconnexion, le droit à la vie privée du XXI^e siècle*, **Dr. soc.** 2002. 939.

_____. *Grande accélération et droit à la déconnexion*. **Dr. soc.** 2016. 912.

SUPIOT, Alain. *Travail, droit et technique* **Dr. Soc.** 2002.13.

ROSA, Fabrice. *Le périmètre de la vie personnelle du salarié à l'épreuve des nouvelles technologies*. **Juris tourisme** 2020, n°228, p.17

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Do direito à desconexão do trabalho**. 2003. Disponível em: https://www.jorgesoutomaiore.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_desconex%C3%A3o_do_trabalho.pdf. Acesso em: 1 out. 2020



OS MUNDOS DO TRABALHO E O FENÔMENO CONTEMPORÂNEO DA UBERIZAÇÃO

Maria Rafaela de Castro¹

Resumo

Diante dos impactos econômicos e sociais do movimento de uberização na contemporaneidade, torna-se relevante abordar essa problemática mediante uma análise dos mundos do trabalho no passado, pois as relações de trabalho não são estáticas, e, sim, evoluem com o passar do tempo. Com a pandemia, o aumento do desemprego torna o tema mais relevante e se justifica pelo aumento exponencial de trabalhadores que migraram para atuar em aplicativos de plataformas digitais, seja como a utilização dos aplicativos da UBER, entrega de alimentação e, ainda, outros serviços. Surgem os trabalhadores que utilizam plataformas digitais. É importante trazer essa reflexão para o momento presente, haja vista que a preocupação já não é mais sobre a natureza jurídica do trabalho uberizado, mas as consequências sociais, previdenciárias, trabalhistas e econômicas que advirão do tema proposto. Os Tribunais já estão recebendo

essa problemática, inclusive, o Tribunal Superior do Trabalho.

Palavras-chave: Uberização. Desemprego. Trabalho

INTRODUÇÃO

Antes de atravessar o tema da uberização, torna-se importante entender as relações trabalhistas no mundo numa visão breve e histórica a partir do fim do século XVIII e início do século XIX. Sabe-se que os movimentos operários sempre tiveram um viés politizado, mas no presente artigo, afasta-se dessa concepção política, cingindo-se a uma ideia sociológica e jurídica da construção dos mundos do trabalho.

Mundos do trabalho remonta à ideia da análise de como os movimentos trabalhistas e que criaram o patamar civilizatório mínimo para as classes trabalhadoras, incluindo, os que estão inseridos no fenômeno da uberização.

Isso porque a uberização, para muitos estudiosos sobre o tema, é vista como um retrocesso social, remontando aos primórdios da Revolução Industrial, sem limitação de jornada e com o recebimento de valores remuneratórios abaixo do salário mínimo, além da submissão às situações degradantes, sem amparo da

1 Juíza do Trabalho Substituta no Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região. Doutoranda em Direito pela Universidade do Porto. Mestre em Ciências Jurídico – Privatísticas pela Universidade do Porto, em Portugal, com a dissertação “A greve dos juízes”, em vias de publicação em livro. Pós-Graduada em Processo do Trabalho e Direito do Trabalho pela Estácio de Sá. Graduação pela Universidade Federal do Ceará. Atuou como Juíza do Trabalho Substituta na 14ª Região. Foi Promotora de Justiça do Estado de Rondônia. Professora de Pós-Graduação na Universidade de Fortaleza e do GranCursos Online – preparatório nacional para concursos públicos no país.

legislação social, previdenciária e essencialmente trabalhista.

É primordial conhecer as raízes da realidade das classes trabalhadoras. Nesse âmbito, é imperioso fazer um estudo interdisciplinar do Direito, da História e da Sociologia, enriquecendo o estudo das raízes da relação trabalhista, culminando com a uberização, fenômeno hodierno.

As relações de trabalho no decorrer dos séculos.

É importante ter a visão, apesar de geral, de como eram as relações de trabalho nos séculos passados e as formas de relações que foram se desenvolvendo, sem perder de vista as raízes na ideia de subordinação jurídica.

Na época da Revolução Industrial, destacando-se o papel da Inglaterra, com o surgimento de fábricas e indústrias, houve superexploração da mão de obra livre e disponível, principalmente, no que se refere aos mais vulneráveis como o trabalho infantil com horas intermináveis de trabalho (sem qualquer controle) em ambientes insalubres (sem qualquer fiscalização do Poder Público) e a baixos salários.

Esses trabalhadores eram postos na berlinda do Estado, sem direito a um mínimo de condições dignas de trabalho, sem um salário justo e, ainda, sem qualquer garantia de proteção em caso de acidente que ceifasse sua vida ou os tornassem incapacitados.

Não existia um freio ao capitalismo descontrolado em que existia uma exploração sem escrúpulos sobre a mão de obra. Surgiu, assim, a necessidade de freio para o próprio sistema capitalista se manter vivo quando o movimento operário se fortaleceu e começou a pressionar pela elaboração de leis protetivas.

A História do operariado é um sistema multifacetado. Há uma preocupação das ciências sociais nessa perspectiva de interpretar e mudar o mundo e isso reflete na economia. Aos poucos, houve uma conscientização do Estado que começou a intervir na autonomia privada e livre dos movimentos operários, culminando com os direitos sociais constitucionalizados no México,

em 1917 e na Alemanha, em 1919, estendendo-se depois ao redor do mundo.

Porém, percebe-se que foi um movimento de consciência de classe construída no decorrer das décadas, dos séculos, até surgir o direito do trabalho, tanto no Brasil, como em todo mundo nos moldes que entendemos hoje.

Essa superexploração que sempre houve nos mundos do trabalho no decorrer do tempo, hoje é questionado pelo viés da uberização. Está ocorrendo num cenário similar ao da Revolução Industrial? Há um ponto essencial nessas relações jurídicas travadas que é justamente a questão da consciência de classe que existiu no passado e que levou à luta pelos direitos sociais, e até o Estado entrou numa fase do Estado do Bem Estar Social ou Welfare State.

Quando os trabalhadores se enxergam numa posição de subjugados nos seus direitos trabalhistas por uma posição dominante econômica, tem-se a identificação com a consciência de classe e se passa a pertencer ao mundo do trabalho.

Essa alusão a mundos do trabalho foi baseada na obra MUNDOS DO TRABALHO de Eric Hobsbawm em que o referido autor aborda todas as evoluções das relações laborais, do movimento operário e, principalmente, a formação de uma



consciência de classe, culminando numa relação relevante para o direito do trabalho, sociologia, economia de mercados e até mesmo com a influência do tipo de Estado vivenciado, seja Social ou Liberal.

É primordial o foco sobre a consciência de classe e se a relação travada é eminentemente uma relação jurídica a ser estudada e tratada pelo direito do trabalho. A subordinação jurídica, essencial elemento para a caracterização de uma relação de emprego, nos termos exatos do artigo 3 da CLT, não é um conceito estático, mas dinâmico, sofrendo alterações no decorrer do tempo e do espaço.

E, por sua vez, percebe-se a alteração de como a subordinação é posta na visão de trabalho atual. Não se olvide que esses trabalhadores das grandes fábricas da Inglaterra no final do século XVIII e início do século XIX e os motoristas de aplicativos digitais no mundo moderno são seres humanos que devem ter sua dignidade

Esse contraponto que se faz do mundo operário do século XVIII e XIX torna-se atual quando se verifica a repetição de alguns fatos similares ao que se observa hoje em dia, principalmente, no enfoque de jornada de trabalho, remuneração e proteção acidentária, entre outros.

Nesse ponto, registra-se a passagem de Hobsbawn (2015; p. 30):

A história operária é parte da história da sociedade, ou melhor, da história de certas sociedades que possuem características específicas em comum. Relações de classe, qualquer que seja a natureza da classe, são relações entre classes ou camadas que não podem ser adequadamente descritas se analisadas isoladamente, ou apenas em termos de suas divisões ou estratificações internas. Isso implica um modelo do que são as sociedades e como funcionam (...) A história operária, como todas as ciências sociais, preocupa-se tanto em mudar quanto

“A subordinação jurídica, essencial elemento para a caracterização de uma relação de emprego, nos termos exatos do artigo 3 da CLT, não é um conceito estático, mas dinâmico, sofrendo alterações no decorrer do tempo e do espaço.”

respeitada.

Não se pode simplesmente relegar a segundo plano as raízes dos movimentos operários e a mudança da essência da força de trabalho até chegar ao fenômeno da uberização. Afinal, notam-se as similares reclamações em relação à ausência de limite de jornada, desproteção trabalhista e previdenciária, contraprestação irrisória diante do tempo gasto na execução das atividades etc.

Até porque nesse ponto é mister que os profissionais das plataformas digitais criem uma autêntica consciência de classe. Essa dificuldade surge pela ideia propagada pela Economia de Compartilhamento como empreendedorismo.

Somente quando existir essa consciência de classe pode-se falar que a uberização promoverá o movimento próprio dos mundos do trabalho, com a revolução para a conquista de direitos sociais que correspondam a esses trabalhadores o patamar civilizatório mínimo.

em interpretar o mundo. (Se assim não fosse, a economia não passaria de uma subdivisão da matemática). Ora, duas coisas devem ser ditas sobre a relação entre interpretar e transformar o mundo.

Tratar de uberização é abordar o capitalismo de classe, remontando a uma análise histórica repetitiva que, na verdade, é uma realidade histórica imediata que perdura até os dias atuais. É preciso trazer a história até a fase da economia compartilhada. Até porque tem que considerar que a força da consciência de classe não se fortalece tão somente pelo número de trabalhadores, mas pela condição de trabalhador em uma máquina produtiva.

Quem são os prestadores de serviços em aplicativos digitais?

Ora, assim como a visão dos mundos do trabalho e o surgimento e desenvolvimento

do movimento operário nos séculos passados, quando se trata de uberização, vê-se indivíduos à margem do direito do trabalho, sem que possam usufruir os direitos trabalhistas, surgindo, com isso, um problema de considerável dimensão social e econômica na sociedade mundial.

Essa erosão de direitos sociais e desconstrução dos direitos trabalhistas paulatinamente é situação repetitiva, com algumas variações de formato, na maioria dos países. Alguns denominam de infoproletários, surgidos com o fenômeno da Revolução 4.0, tornando-se um “trabalhador – perfil” num contingente de trabalhadores conectados a essas plataformas digitais.

A Uber, por exemplo, que deu o nome ao fenômeno tratado, está presente em mais de 600 cidades e 65 países do planeta. Isso se torna uma problemática global, atual e preocupante que tende a crescer com o passar dos anos, mediante a crise do emprego formal e das dificuldades econômicas e sociais que muitos países enfrentam.

Nos dias atuais, temos ainda o agravamento das pandemias da COVID – 19 em que o mundo parou, as atividades econômicas cessaram e houve uma crise humanitária. Nesse ponto, algumas categorias de trabalhadores passaram a discutir não somente sua existência, mas sua fragilidade.

A ideia de compartilhamento, antes dos eventos econômicos (crises) e nesse ano de 2020 da pandemia da COVID-19, já estava em ruínas. A epidemia da COVID 19 só deixou em maior evidência a problemática dos trabalhadores das plataformas digitais que, de repente, viram-se em cidades fantasmas, e sem a remuneração do dia a dia, pois não havia, praticamente, usuários do serviço. Sem falar nos riscos com a contaminação no ambiente de trabalho.

A promessa de iniciar um momento de cooperação no consumo, mediante compartilhamento de serviços e bens, foi engolida quando se percebeu as vantagens bilionárias em lucros em replicar esse modelo.

Então, a ideia inicial tão bela de colaboração social passou a ser uma ideia de lucro e empresarial, com altos faturamentos no mercado de valores, por exemplo. Com isso, surgiram as plataformas digitais no mundo do

trabalho.

Embora ainda exista a divergência doutrinária e jurisprudencial se a uberização é ou não relação de emprego, a discussão enfrentada vai além da natureza jurídica, pois, efetivamente, o caso é de, no mínimo, tratar de uma relação de trabalho. Há quem sustente uma degradação real dos direitos trabalhistas e fundamentais, pois não há limites e nem resguardos legais no desempenho do serviço, sem qualquer segurança sobre sua remuneração.

No Brasil, houve um “boom” da uberização, a partir do ano de 2014 diante da grave crise econômica enfrentada, perdurando até os dias atuais com o crescente número de desempregados. E, observa-se que vem aumentando exponencialmente, o número de trabalhadores informais nessas plataformas digitais.

Há a promessa de ser um empreendedor mediante seu automóvel conectado à Uber, e, muitos orgulhosamente, consideram-se autônomos. A uberização é um reflexo imediato do *gig economy* e também da modalidade decorrente de *work on-demand*, através do uso de plataformas digitais que conectam, pela internet (aplicativos digitais) prestadores de serviços com clientes que necessitam daquela atividade.

Com a uberização, nota-se uma legitimação da ideia de empreendedorismo, advindo, principalmente, das ideias de que o prestador de serviço possui autonomias. Nesse sentido, destaca-se Abilio (2019; p. 21):

Podemos resumir a uberização como um processo de transformação do trabalhador em um nanoempreendedor de si próprio (ABILIO,2017), o qual se engaja com o trabalho, se autogerencia, arca com riscos e custos, ao mesmo tempo nem que não conta com qualquer tipo de segurança quanto à sua remuneração. Esta transformação se apresenta como um novo passo nas terceirizações, com novas lógicas, e que pode concorrer ou se complementar com o modelo clássico.

Olvida-se que nessa legitimação, há um alheamento do indivíduo a uma gama de direitos sociais/trabalhistas, bem como um rebaixamento da força de trabalho, atingindo diversas profissões e qualificações.

A uberização será o futuro do mundo do trabalho?

Essa é uma das grandes questões sobre o tema no mundo do trabalho: A uberização será o futuro do direito do trabalho? Será esse o novo formato das relações trabalhistas?

Esse fenômeno teve origem, entre outros, na ideia de economia compartilhada e da tecnologia disruptiva no Vale do Silício, nos países asiáticos etc., explodindo, depois, gradativamente, em quase todos os países do globo terrestre.

Existe sim interferência da Uber na prestação de serviços, como sugerir o preço e o percentual destinado a ela, bem como um controle mediante as notas que são dadas pelos clientes no aplicativo de propriedade da Uber. O fenômeno da Uberização traz outras problemáticas, como, por exemplo, a formação de sindicatos, greves, processos judiciais e manifestações dos trabalhadores desse aplicativo.

Além disso, a realidade demonstra uma superexploração do trabalho humano sob a aparência de autonomia e empreendedorismo, nas ideias de colaboradores e parceiros, que, por sua vez, demonstram fragilidade em seus discursos.

A superexploração dos trabalhadores pode ser explicada diante do sucesso inversamente proporcional das empresas proprietárias das plataformas digitais. Os números de valorização nas bolsas de valores demonstram o crescimento dessas empresas e, com isso, cresce também a quantidade de pessoas que aderem aos serviços intermediados por aplicativos.

Registre-se a ideia de Bianchi (2019, p. 31):

Em pouco tempo, o valor de mercado da UBER cresceu enormemente, a ponto de se tornar uma das empresas mais valiosas, das principais bolsas de mercado do mundo. Em junho de 2016, a empresa UBER chegou a ter um valor de mercado estimado entre 62,5 e 64,6 bilhões de dólares, superando na Bovespa todas as demais empresas, exceto a Ambev (...) Qual o segredo para conquistar tamanha valorização? Dentre os principais fatores, como se verá ao longo desse artigo, está a disponibilização de milhares de carros e motoristas pelo mundo todo, sem

precisar comprar nenhum desses carros, e, sobretudo, sem precisar empregar nenhum desses milhares de motoristas. Seria possível tamanha valorização do valor sem uma superexploração do trabalho?

Entretanto, há quem defenda a existência do trabalho uberizado no sentido de ser um eficiente combate à ociosidade, à ineficiência econômica e ao crescente número de desempregos, o que, por sua vez, teriam efeitos imediatos e mediatos no contexto social e econômico dos países. Além disso, permitiriam, em tese, o exercício do empreendedorismo.

Uma outra problemática trazida pelo fenômeno da uberização está no acesso à Justiça, principalmente, no Brasil, em que existe incerteza quanto à proteção social e trabalhista, com recente decisão do Tribunal Superior do Trabalho no Brasil acerca da ausência de vínculo de emprego.

No Brasil, o mercado informal sempre foi marcante na realidade. Muitas relações empregatícias não são reconhecidas formalmente, mediante anotação da CTPS e, com isso, consequências trabalhistas e previdenciárias surgem no dia a dia do trabalhador brasileiro, como, por exemplo, quando sofrem acidentes. Num cenário em que os acidentes de trânsito são frequentes e em índices alarmantes, os trabalhadores de aplicativos do *delivery* ou de UBER, por exemplo, estão em constante contato com acidentes de trabalho. O que fazer com essa mão de obra acidentada? Sobrecarregar o Sistema Único de Saúde?

Faça uma experiência. Quando dirigir hoje para qualquer lugar e quando o sinal estiver vermelho, observe a quantidade de motos e carros de UBER trabalhando em qualquer hora do dia. Basta olhar ao lado em qualquer semáforo de grandes e médias cidades. A uberização chegou para ficar.

Há destaque interessante após o ano de 2018, quando o Brasil entrou na esfera da contrarrevolução preventiva, com o aumento do número de pessoas que passaram a trabalhar mediante a utilização das plataformas digitais.

Já se sustenta, por alguns estudiosos, que a uberização é uma forma de devastação das forças sociais do trabalho, criando um mal estar na civilização, com a gradativa erosão de direitos fundamentais conquistados sob o âmbito de

tantas legislações e Revoluções no decorrer dos séculos.

Além disso, passa-se a questionar se as relações de trabalho estão enveredando para uma tragédia social com as políticas neoliberais. Ora, nesse contexto de trabalhadores que utilizam as plataformas sociais estariam desprotegidos dos direitos advindos do artigo 7 da Constituição Federal de 1988 e dos previstos na CLT.

Com isso, além das repercussões jurídicas, há impactos no âmbito social e econômico em que a uberização traz à tona a explosão do novo proletariado de serviços, conhecidos como infoproletariados, ciberproletariados, que seriam todos aqueles que desempenham suas funções utilizando como intermediário as plataformas digitais.

Porém, antes dessa decisão, já havia, no Brasil, parca judicialização dos profissionais de aplicativos contra as empresas para fins de pedido de reconhecimento de vínculo com base na subordinação jurídica.

Não se olvide que já existem julgamentos favoráveis aos trabalhadores nos Estados Unidos e na Inglaterra quanto à relação empregatícia do motorista de aplicativo e a UBER. No Brasil, assistem-se julgamentos no âmbito do 1º grau favoráveis à relação de emprego, confirmados em alguns Tribunais Regionais do Trabalho, porém, não confirmados pelo Tribunal Superior do Trabalho, conforme recentes decisões.

Mas o Direito comparado vem apresentado decisões divergentes. Tem-se exemplos em Londres, Estados Unidos e até na União Europeia já se faz menção à necessidade de estabelecimento de uma renda mínima universal.

O tema ainda está em construção. Aqui podemos encaixar a concepção da 4ª Onda Renovatória do Processo, de autoria de Kim Economides na década de 1990, no sentido de que há um problema tanto de direito material como processual dos prestadores de serviços de aplicativo na defesa de seus direitos sociais.

Nesse ponto, tem-se claramente o problema de acesso à justiça dos operadores de plataformas digitais. Em sentido oposto, temos que há uma autêntica advocacia estratégica das plataformas digitais até porque ostentam um poderio econômico e de interesses como uma



teia em todo o mundo corporativo.

O dinheiro, inevitavelmente, traduz-se em ideia de poder. O processo coletivo pode ser a via mais adequada para a formação da jurisprudência em favor dos trabalhadores. Torna-se importante compreender também o perfil desses trabalhadores e seu lugar nos mundos do trabalho, pois somente se insere nesse mundo quando há o aprofundamento das classes trabalhadoras. E o mais grave: o que fazer com esse contingente de trabalhadores? Vai ser catastrófico ignorar a realidade.

Conclusão

A uberização desperta novos dilemas, pois adentra nos mundos do trabalho e precisa se situar, indo numa perspectiva além da sua natureza jurídica.

Nesse azo, é preciso considerar que a consciência de classe é um ponto primordial para que o movimento dos trabalhadores de plataformas digitais possa exigir potenciais direitos sociais, tal como já ocorreu em outros movimentos e formas de labor nos mundos do trabalho.

Sob essa perspectiva, passa-se a conhecer como as relações sociais evoluíram, culminando

com a constitucionalização de direitos sociais. Por derradeiro, é imprescindível inserir nesse novo mundo do trabalho a uberização e as plataformas digitais. É preciso situar a economia do compartilhamento nesse mundo novo do direito do trabalho e acompanhar a consciência de classe que se formará (ou não) nesse novo segmento.

Referências

ABILIO, Ludmila Costhek. Uberização do trabalho: a subsunção real da viração. **Blog da Boitempo**, 2017. Disponível em <https://blogdaboitempo.com.br/2017/02/22/uberizacao-do-trabalho-subsuncao-real-da-viracao/>. Acesso em: 28 de jul. 2020.

BIANCHI, Daniel. Autônomos ou autômatos? A contradição entre o conceito de trabalho “uberizado” e a situação dos motoristas de Uber. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães; MISJULIN, Ana Paula Silva (coord). Infoproletários e a Uberização do trabalho: direito e justiça em um novo horizonte de possibilidades. São Paulo: LTR, 2019).

HOBSBAWN, Eric. **Mundos do trabalho**: novos estudos sobre a História Operária. 6.ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2015.



O TRABALHO NA ERA DA ECONOMIA SOB DEMANDA: uma abordagem sobre o trabalho em plataformas de microtarefas

Wanessa Mendes de Araújo¹

Resumo

Em decorrência do colapso do primado do trabalho regulado – reflexo da influência ultraliberal – observa-se verdadeira disseminação da prestação de labor sob fórmula distinta da relação de emprego. Dentre elas, no contexto atual, chama atenção a prestação de serviços apropriada por intermédio de plataformas digitais, abarcando desde serviços de transporte de passageiros àqueles prestados por profissionais de alta qualificação, como médicos e advogados. Termos como “economia sob demanda”, “crowdsourcing”, “crowd work”, “trabalho em aplicativos” tem se tornado corrente em nosso cotidiano, de modo que o presente artigo visa a identificação dessas expressões, à luz da doutrina especializada.

Palavras-chave: Economia sob demanda. Crowdsourcing. Crowd Work. Uberização.

1 Juíza do Trabalho Substituta vinculada ao Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Especialista em Direito e Processo Tributário pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

Considerações Iniciais

Com a melhoria das tecnologias de informação e comunicação, novas formas de gerenciamento da produção e da mão de obra exurgem, de modo que a deslocalização geográfica da produção, mediante a instalação de filiais de empresas transacionais em países subdesenvolvidos, ou ainda os esquemas de subcontratações, donde a terceirização é grande marca, não se revela mais suficiente para assegurar a competitividade empresarial. É nesse contexto que emergem as plataformas digitais que criam uma espécie de infraestrutura invisível para facilitar a interação dos prestadores de serviços e usuários, aproveitando-se de uma legislação menos protetiva para autônomos e a liberdade para fixação de preços e condições de trabalho, unilateralmente.

Não há números precisos sobre quantos trabalhadores se ativam em plataformas digitais, tampouco consenso conceitual sobre os novos arranjos contratuais, mas, certo é que o termo “uberização”, apesar de remeter a uma das principais empresas

expoente desse modelo de negócios e ter ganhado as manchetes mundiais, se revela reducionista, por remeter a apenas uma forma de trabalhar. O trabalho em plataformas digitais não se limita ao trabalho realizado no mundo físico, tampouco se restringe à direção de veículos para o transporte de bens e passageiros, atividade principal desenvolvida pela *Uber* e outras plataformas do mesmo segmento ou ainda, pressupõe a participação da empresa na gestão e remuneração do trabalho.

A plataformização do trabalho

A expansão de modelos de negócios baseados em plataformas digitais que intermedeiam o trabalho humano demonstra, ainda, que não se trata de uma tendência passageira no mercado de trabalho, e que, apesar da popularização do termo “uberização do trabalho”, se está diante de um fenômeno muito mais amplo e complexo, que abarca outras formas de trabalho, inclusive a prestação de serviços, exclusivamente, em meio virtual, mediante a arregimentação de uma “multidão” de trabalhadores, ávidos por trabalho, ainda que, de curta duração, baixa remuneração e sem direitos trabalhistas.

Da análise dessa nova modalidade de trabalho, extraem-se duas características que têm flagrantes implicações na seara trabalhista: a intermediação de trabalho humano sob a modalidade de trabalho independente ou autônomo e a descentralização produtiva quando o trabalho é realizado de forma exclusivamente no meio virtual.

Compondo a nova morfologia da classe-que-vive-do-trabalho, definida como “infoproletariado” por Ricardo Antunes, em alusão à classe que moldou a construção do Direito do Trabalho (ANTUNES; BRAGA, 2009), os trabalhadores que atuam em plataformas digitais ou aplicativo tem seu *status jurídico* definido pelos regulamentos empresariais das empresas tecnológicas,

titulares das plataformas e aplicativos digitais, como trabalhadores independentes, as quais adotam termos como *rabbis, uber, lyft, pop* para identificar o trabalhador, de acordo com a plataforma em que se presta serviços, o que, de acordo com Valerio de Stefano, retrata uma manifesta e deliberada intenção de ocultar o trabalho humano, verdadeiro substrato que movimenta essa inovação produtiva e tecnológica, e por conseguinte, escapar a eventuais questionamentos sobre a natureza jurídica da prestação de serviços encampada (DE STEFANO, 2018).

Mais que isso, na teoria conceitual proposta por Hamid Ekbia e Bonnie Nardi, esse fenômeno, em contraste com a automação, que pretendia substituir a força de trabalho humana pelas máquinas, reinsere um contingente de pessoas expulso pela conformação anterior da tecnologia, pois lhe atribui tarefas críticas para os usuários finais, mediante a introdução de um “novo mecanismo e lógica de extração de valor no capitalismo contemporâneo”, entende-se, nesse sentido, que a “heteromação do trabalho” realiza um movimento reverso ao da erupção do vulcão capitalista descrito por Márcio Tulio Viana e Raquel Betty Castro Pimenta, que, agora, passa a incluir, ainda que a seu modo, uma multidão de trabalhadores desempregados, subempregados ou desempregados, remunerando-os mediante valores abaixo do salário-mínimo, ou ainda não os remunerando (VIANA, PIMENTA, 2017).

Embalados sob as promessas de empreendedorismo, flexibilidade e de liberdade no trabalho, esses trabalhadores, longe de alcançar os louros prometidos, em pleno século XXI, encarnam condições de trabalho e remuneração assemelhadas à fase antecedente à criação do Direito do Trabalho.

No século XIX, os trabalhadores se amontoavam na entrada da fábrica ou no campo, a cada manhã, a espera de ter trabalho

nesse dia. Os contratos eram diários - sem nenhum tipo de compromisso de estabilidade ou previsão contratual de indenizações por dispensa imotivada - e o empresário poderia eleger, em cada momento, o número de trabalhadores com quem contar. Do mesmo modo, o empresário podia realizar um leilão com o emprego, oferecendo trabalho apenas aqueles que estivessem dispostos a receber o menor valor como forma de retribuição (SIGNES, 2017).

Com as devidas adaptações à era digital, a concentração na porta da fábrica dá lugar à disponibilidade na rede, na nuvem, onde o trabalhador aguarda a convocação eletrônica para o trabalho, em competição, com outros trabalhadores, também conectados pelo dispositivo, a quem, igualmente, tal como ocorria no século XIX, não é assegurada

expurgados do mercado de trabalho, é a única possibilidade de auferir uma renda.

A economia sob demanda, *crowdsourcing* e as plataformas digitais eminentemente virtuais

De acordo com Dagnino (DAGNINO, 2015), a economia sob demanda consiste em atividades baseadas na utilização de plataformas de internet, que permitem o *matching* imediato entre o usuário que solicita um bem ou serviço e o sujeito que pode facilitá-lo, compartilhando o patrimônio de seus bens, competências e tempo que possui. Expoentes desse modelo, destacam-se duas modalidades de apropriação do trabalho humano por meio de plataformas digitais: o *crowd work* e o trabalho sob demanda por meio de aplicativos.

“Com as devidas adaptações à era digital, a concentração na porta da fábrica dá lugar à disponibilidade na rede, na nuvem, onde o trabalhador aguarda a convocação eletrônica para o trabalho, em competição, com outros trabalhadores, também conectados pelo dispositivo (...)”

nenhuma garantia de que “fornecimento de trabalho”, e, pior, caso seja contemplado, não tem garantia de que será mantido o padrão remuneratório anteriormente praticado, que, não raro somente é revelado ao final do trabalho e varia constantemente, conforme parâmetros estabelecidos unilateralmente pela plataforma digital, que consideram até mesmo o desempenho do trabalhador perante o dispositivo para fixar o preço, a partir do julgamento feito por terceiros, ora pelos números, ora pela massa de usuários.

Hoje, mais do que a retórica da flexibilidade e da autonomia na prestação de serviços, o que, verdadeiramente, as plataformas digitais oferecem é a possibilidade de trabalhar, diz-se possibilidade no sentido de probabilidade, porque é só isso que oferece, uma vez que não há garantia de efetiva convocação do trabalhador, mas, para muitos,

Antonio Aloisi (ALOISI, 2016) define o primeiro, como o trabalho prestado completamente à distância por meio das plataformas virtuais em resposta às solicitações recebidas online e que envolve potencialmente pessoas de qualquer lugar do mundo, enquanto o segundo se refere ao tipo de trabalho realizado no mundo real e em âmbito local por intermédio das plataformas virtuais.

Já Alek Felstinert (FELSTINERT, 2011) prefere adotar o termo *Crowdsourcing*, - expressão originalmente cunhada por Jeff Howe, em artigo publicado na revista norte-americana *Wired*, por força do neologismo na fusão das palavras *Crowd* (multidão) e *outsourcing* (*terceirização*) – para identificar o processo de distribuição de tarefas que normalmente seriam delegadas a um

empregado, as quais passam a ser distribuídas, sob a forma de um chamado aberto, para um grande número indefinido de pessoas *online*, chamada *crowd*.

Segundo Leimester (LEIMESTER, 2016) a prestação de serviços denominada *crowd work* ou *crowdsourcing* retrata um tipo novo de organização de trabalho, que introduz alterações profundas no empreendimento e no âmbito do empregador ao exceder prévias dimensões do complexo empresarial. Não apenas isso, afora a possibilidade de se trabalhar de forma remota, compete ao trabalhador arcar com os custos necessários à realização do trabalho, a exemplo do dispositivo tecnológico e a internet. Nesse sentido, como se percebe, qualquer pessoa com acesso à internet pode se transformar em um trabalhador no mundo virtual e executar tarefas na ordem de segundos usando plataformas como o Mechanical Turk da Amazon, plataforma digital da empresa Amazon, cujo *slogan* “**acesse uma força de trabalho global, sob demanda e 24 horas por dia, 7 dias por semana**”, revela disponibilidade de uma massa de trabalhadores apta a realizar trabalhos, em qualquer dia, horário e em quantidade necessária a critério da necessidade das empresas tomadoras dos serviços, sendo dispersada na mesma velocidade em que arregimentada.

Além dessas características, os referidos pesquisadores observam que as plataformas de intermediação de trabalho eminentemente virtual também se caracterizam pela fragmentação de tarefas complexas em micro-tarefas, em geral, tarefas muito simples, que podem ser realizadas em segundos, o que dá azo a uma espécie de neotaylorismo. Ante a fragmentação e simplificação do trabalho, algumas formas de mão-de-obra qualificada são substituídas por mão de obra não qualificada, radicada em qualquer lugar do mundo e remunerada por produção, em valores módicos. É o que ocorre no âmbito da plataforma digital Amazon Mechanical Turk que, a despeito de o salário-mínimo hora nos Estados Unidos



corresponder a U\$ 7,25, paga em média U\$ 2 por hora, sem assegurar benefícios ou proteções de trabalhadores (KITUR, *et. al.* 2016).

Dispondo sobre a anatomia do trabalho, Adrián Todolí-Signes (SIGNES 2015) afirma que o modelo conta com três sujeitos: os solicitantes, que são empresas ou indivíduos que buscam a prestação de um serviço; os trabalhadores que prestam os serviços e as plataformas virtuais que utilizam as tecnologias de informação para unir oferta e demanda e que recebem uma porcentagem por serviço realizado.

Apesar da arquitetura em comum, os tipos de trabalho realizados, o tempo de trabalho dedicado, bem como a remuneração não seguem estruturas idênticas, nesse sentido, são exemplos de plataformas digitais que atuam sob a forma de *crowd work* voltadas à realização de trabalhos genéricos e simples, a Amazon Mechanical Turk, oDesk, Freelancer, Crowdfunder, MobileWorks, ManPower, enquanto, no segmento de trabalho especialistas e específicas, destacam-se as plataformas como TopCoder, uTest e 99Designs.

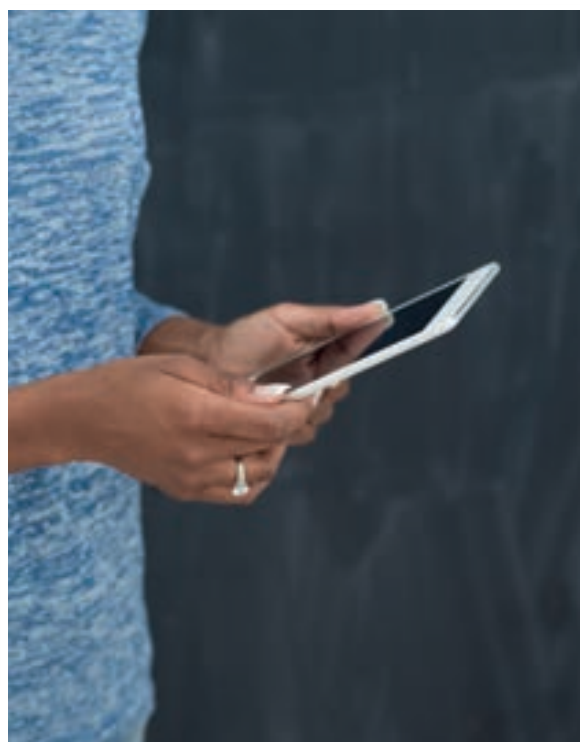
No âmbito da remuneração, em que pese seguirem a lógica do pagamento por produção, importante dizer que os métodos de apuração variam, desde aquelas que promovem chamado aberto a toda a **multidão**, sendo remunerado apenas os trabalhadores que tiverem trabalho eleito pelo tomador de serviço, as plataformas de micro-trabalho que remuneram o trabalhador por tarefa concluída e aprovada pelo contratante. (LEIMEISTER, 2016). Frise-se que, em qualquer um dos casos, recai integralmente sobre o trabalhador os ônus decorrentes do trabalho, que, se não selecionado no primeiro caso ou não aprovado, não será remunerado, a despeito do tempo e energia gastos para sua realização.

É bem verdade que a possibilidade de realizar trabalho, de forma integralmente remota, mediante chamado aberto à **multidão** oferece algumas vantagens, como a oportunidade de renda extra, em especial em locais cuja economia esteja estagnada, bem como permite a melhoria da produtividade em termos de distribuição geográfica da força de trabalho para concluir desde tarefas simples a complexas sob demanda e em escala global, comportando até a inserção de trabalhadores com restrição de locomoção e aqueles que somente dispõem de tempo parcial para se dedicar ao trabalho, notadamente as mulheres, sobre quem, ainda, recaem, majoritariamente, os ônus dos cuidados dedicados à infância e velhice de familiares. Aspectos como a discriminação de gênero e raça também podem ser superados por meio da distribuição do trabalho exclusivamente no plano virtual.

Por outro lado, não se pode desconsiderar as desvantagens, dentre elas, sobressai a ampla competitividade entre trabalhadores, isso porque essa modalidade de prestação de serviços, ao possibilitar que qualquer pessoa, em qualquer área geográfica do mundo possa se vincular a uma tarefa, sem com isso gerar fluxo migratório, conduz ao extremo a noção de internacionalização do mercado de trabalho, sem que isso

importe custos ao tomador de serviços de criação de infraestrutura para a realização do trabalho, além disso, ao estabelecerem os regulamentos empresariais que a sua responsabilidade limita-se à intermediação dos serviços, sem assunção de quaisquer dos riscos da atividade, inclusive, e em especial em face do prestador de serviços, considerado profissional independente, em tese, não assegura ao trabalhador qualquer proteção social, fator que se agrava considerando a condição de anonimato sob a qual a identidade do tomador de serviços e a transnacionalidade com o que serviço é prestado, o que acarretar dificuldades de acesso à Justiça por parte dos trabalhadores.

A prestação de serviços sob a forma de trabalho em multidão como já destacou Antonio Baylos (BAYLOS,1999) concorre por aprofundar ainda mais dualidade social representada pela desigualdade de riqueza e acumulação frente a pobreza e a miséria a que está fadado o trabalhador, cada vez mais explorado, devido à falta de regulação do seu trabalho, uma vez que a fórmula padrão estabelecida pelas plataformas digitais enseja a transferência de custos de operação ao trabalhador, agora responsável pela aquisição



e manutenção das próprias ferramentas de trabalho, que se beneficiam da complacência de legislações trabalhistas não adequadas à tutela dessas novas modalidades de trabalho que, para muitos juristas não permitem o seu enquadramento como relação de emprego, ante a ausência dos elementos fáticos-jurídicos, como subordinação jurídica e não-eventualidade, sob o viés da teoria clássica.

Nessa seara, ante a liberdade de fixação de preços aos serviços, a aptidão para o oferecimento de tarefas no âmbito global, a ausência de instrumentos normativos aptos a assegurar um padrão mínimo remuneratório, conclui-se que, sem dúvidas, é essa forma de trabalho que se revela mais agressiva contra os direitos dos trabalhadores, pois permite que o trabalho se desenvolva espraiado na multidão, em escala planetária, sob feição quase anônima, podendo inclusive ensejar a utilização de mão de obra infantil, o que torna difícil que haja qualquer regulação protetiva ao trabalhador, que vende sua força de trabalho a preços módicos na internet dada concorrência no mercado de trabalho.

Conclusão

Evidencia-se que a atual modalidade de gerenciamento da força de trabalho, agora arregimentada por meio de plataformas digitais, reverbera antigos problemas vivenciados no mundo do trabalho, em que pese, em verdade, não os ter criado, mas agora, por certo, os eleva a níveis jamais vistos, ao cruzar as fronteiras transnacionais, arregimentando trabalhadores de feição anônima, espalhados no meio da “crowd”, remunerados com valores módicos.

A análise da prestação de serviços sob a modalidade *Crowd work* que envolve potencialmente pessoas de qualquer lugar do mundo e suas implicações sob a ótica do Direito do Trabalho, se capaz de tutelar esses trabalhadores, remontam os novos

desafios da sociedade do século XXI.

Referências

ALOISI, Antonio. **Commoditized Workers: Case Study Research on Labor Law Issues Arising from a set of “on demand/gig economy” platforms.** Comparative Labor Law & Policy Journal, v. 37, n. 3, 2016. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2637485. Acesso em: 01 jul. 2016.

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

BAYLOS, Antonio. **Globalización y Derecho del Trabajo: Realidad y Proyecto. Cuadernos de relaciones laborales, Madrid, n.15, 1999.**

DAGNINO, Emanuele. **Uber law: perspectiva jurídico-laboral de la sharing/on-demand economy.** **Revista Internacional Y Comparada de Relaciones Laborales Y Derecho del Empleo.** 3, n. 3, jul/set.2015.

DE STEFANO, Valerio. **The rise of the “just-in-time workforce”: On-demand work, crowdwork and labour protection in the “gig-economy”.** In: **International Labour Office, Inclusive Labour Markets, Labour Relations and Working Conditions Branch**, Geneva: ILO, 2016. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/--protrav/---travail/documents/publication/wcms_443267.pdf. Acesso em 20 jan. 2018.

FELSTINERT, Alek. **Working the crowd: Employment and Labor Law in the Crowdsourcing Industry.** **Berkeley Journal of Employment and Labor Law**, v. 32, n. 1, 2011. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1593853. Acesso em: 20 out. 2020.

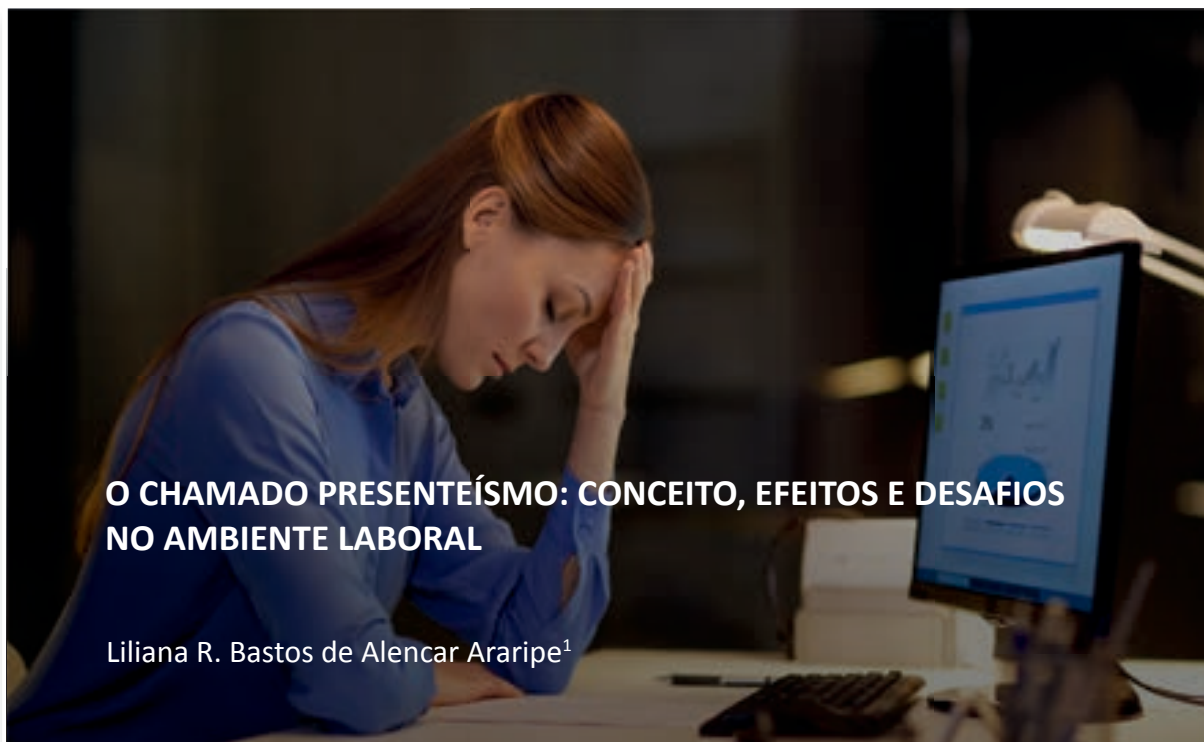
KITTUR, A, NICKERSON J; BERNSTEIN

M; GERBER E; SHAW A; ZIMMERMAN J; LEASE M, HORTON J. The future of crowd work. *In*: **ACM conference on computer supported cooperative work.CSCW** 2013. Disponível em <https://hci.stanford.edu/publications/2013/CrowdWork/futureofcrowdwork-cscw2013.pdf>. Acesso em 01 jul. 2016.

LEIMEISTER, J.M.; Durward, D. New Forms of Employment And IT – Crowdsourcing, *In*: **IV REGULATING FOR DECENT WORK CONFERENCE**; ILO, Geneva, 8-10 jul). Disponível em <http://www.rdw2015.org/download>. Acesso em 15 out. 2020.

SIGNES, Adrián Todolí. O mercado de trabalho no século XXI: on demand economy, crowdsourcing e outras formas de descentralização produtiva que atomizam o mercado de trabalho. *In*: LEME, A.C.P. **Tecnologias Disruptivas e a Exploração do Trabalho Humano**: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais. São Paulo: LTR, 2017.

VIANA, Márcio Túlio. PIMENTA, Raquel Betty Castro. Do cavaleiro solitário ao juiz em rede: tentando entender e enfrentar as novas estratégias do capital. *In*: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende (coord.). **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano**. São Paulo, LTr, 2017.



O CHAMADO PRESENTEÍSMO: CONCEITO, EFEITOS E DESAFIOS NO AMBIENTE LABORAL

Liliana R. Bastos de Alencar Araripe¹

Resumo

O estudo pretende compreender um fenômeno ainda pouco descrito na doutrina trabalhista, presente na realidade laboral, cujos efeitos ainda não são totalmente conhecidos, mas tem potencial de se tornar um problema de saúde pública. Tratar-se-á do chamado presenteísmo, seu conceito, breve histórico, causas laborais e extralaborais, tipos já classificados, diferenças em relação a outras doenças ou síndromes já catalogadas, desafios para sua resolução e limites de atuação dos órgãos julgadores. O artigo também revela as dificuldades do processo legislativo em acompanhar as alterações tecnológicas deflagradoras de novas doenças ocupacionais, assim como os desafios dos órgãos julgadores para identificar corretamente o problema e ir além das corriqueiras condenações do empregador ao pagamento de verbas rescisórias pertinentes à dispensa sem justa causa.

Palavras-chave: Direito Material do Trabalho. Presenteísmo. Presentismo. Presenteeism or working while sick. Doença ocupacional. Absenteísmo. Nomofobia. Síndrome de Burnout. Desídia. Presentismo externo ou extra-muros.

1 Analista Judiciária do TRT 7ª Região, pós-graduada em Direito Material e Processual do Trabalho, assistente de juiz lotada na 7ª Vara do Trabalho de Fortaleza-CE.

INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende trazer à baila um fenômeno já conhecido dos administradores e médicos que lidam com doenças envolvidas da cultura organizacional e laboral.

Trata-se aqui do chamado presenteísmo, comportamento que afeta o trabalhador que embora esteja fisicamente presente no ambiente laboral, não detém plenas condições – físicas ou psicológicas – para o trabalho.

Apesar de ser um comportamento que afeta trabalhadores tanto da iniciativa privada quanto servidores públicos, o enfoque deste artigo será dirigido apenas aos primeiros, não por ser menos importante o fenômeno na esfera pública, mas antes por revestir a maior parte das causas de competência dos magistrados trabalhistas, nomeadamente as lides envolvendo empregado e empregador (art. 114, caput, Constituição Federal).

O seu conceito, causas, sintomas e diferenciações de outras síndromes ou comportamentos são analisados de forma resumida neste artigo.

A importância do tema se revela quando pesquisas apontam que os custos com assistência médica devidos ao presenteísmo são mais elevados do que com absenteísmo do trabalhador.

CONCEITO

De rigor, impende fazer uma breve digressão sobre a terminologia.

Gramaticalmente correto é derivar da palavra presente o termo presentista (e não presenteísmo). O **e** final da palavra presente, como toda vogal átona final, é elidido quando seguido do sufixo **ismo**, tal como ocorre nos seguintes exemplos: **tenente - tenentismo; cômodo - comodismo; vítima - vitimismo; greve - grevismo; imediato - imediatismo.**

Dito isso, passa-se à análise do fenômeno.

Presentismo (usualmente chamado presenteísmo) é o termo utilizado para designar o comportamento do trabalhador presente no local de trabalho, que cumpre rigorosamente a jornada laboral, todavia, não se dedica à realização de seus serviços adequadamente por estar adoentado, física ou emocionalmente. Esse é o conceito mais comumente lido na literatura brasileira.

Em um jargão de psicologia é a despersonalização do indivíduo como forma de se proteger por estar num ambiente não agradável.

Todavia, não há um consenso sobre a definição acabada do problema.

Parte da literatura adota o termo para

designar o fato de o empregado ir ao trabalho mesmo estando doente (*working while sick*), como visto acima.

Há ainda relatos de que o termo pode também se referir à prática de o empregado somente deixar o serviço após a saída do seu chefe, mesmo que já tenha terminado suas tarefas.

Há, ainda, referência ao fato de o funcionário ir ao local de trabalho, mas não ser produtivo como deveria, uma vez que não se dedica ao serviço mas sim, a tarefas ou passatempos estranhos ao contrato firmado.

Nesse cenário de diferentes possíveis abordagens, parece razoável tecer um conceito mais elucidativo quando se destaca mais a razão pela qual o empregado vai ao trabalho, do que as formas que ele cumpre sua jornada.

Assim, poder-se-ia definir presentismo como o fenômeno em que o empregado, por medo de perder o emprego ou não ser valorizado por estar ausente, vai trabalhar.

Isso seria suficiente para decifrar a prática em qualquer aspecto: o empregado, mesmo doente, vai trabalhar; o empregado, mesmo tendo cumprido suas tarefas, permanece no trabalho; o empregado mesmo não se dedicando ao que seria correto fazer, vai ao trabalho para realizar tarefas estranhas.

Daí a pertinência do termo alcunhado, vez que ele exprime exatamente a noção de estar presente, presentismo, em contraposição ao ausentismo ou *absentism*, no inglês.

Tal comportamento está presente em organizações tanto privadas quanto públicas, e afeta, indistintamente, homens e mulheres, tendo sido percebido por médicos e gestores, mormente quando o comportamento deflagra

consequências negativas na produtividade, assim como no nível de contaminação de outros colegas e implicações na condição de saúde do próprio empregado presentista.

Historicamente, há referências de que o fenômeno começou a ser estudado na França, já na década de 1950.

Todavia, há mais associação na literatura do uso desse termo com os reflexos da nova forma de gestão de trabalho, ocorrida na década de 1990, por ocasião da reestruturação de muitas organizações em virtude dos novos processos de terceirização e globalização, em que se percebeu aumento de ansiedade entre os empregados devido ao temor de perder o emprego.

de empregados substitutos e gera a perda da produção e produtividade pela falta de um trabalhador.

Isso porque, o empregado presentista embota a realidade produtiva do negócio com sua presença física no ambiente de trabalho, impedindo a contratação de um novo empregado, provisório ou definitivo, até que seja detectada a deficiência ou desmotivação do trabalhador. Isso sem mencionar que o empregado doente transmitirá doenças para outros empregados, os quais, por seu turno, poderiam estar protegidos caso aquele empregado não tivesse ido trabalhar.

Enquanto no absenteísmo há possibilidade concreta de mensuração dos custos do afastamento e da necessidade de

“Enquanto no absenteísmo há possibilidade concreta de mensuração dos custos do afastamento e da necessidade de um substituto por período, teoricamente, previsível de tempo, no presentismo isso não ocorre, se não houver na empresa um setor de pessoal atuante para detectar a falta de motivação ou adoecimento “invisível” do empregado.”

As consequências referidas acima se emaranham com os efeitos comportamentais do empregado com presentismo.

Por uma questão didática, será dado mais enfoque ao caso do empregado que vai trabalhar mesmo estando doente.

De fato, o empregado que mesmo doente vai trabalhar, não se dedica como deveria no desempenho de suas tarefas; apresenta apatia e desânimo e, apesar de não se afastar, oficialmente, por razões médicas, causa prejuízo à equipe e organização tanto ou mais como se estivesse ausente.

Não se conhece ao certo, mas se especula que os prejuízos causados pelo presentismo superem aqueles decorrentes do absenteísmo, o qual exige a contratação

um substituto por período, teoricamente, previsível de tempo, no presentismo isso não ocorre, se não houver na empresa um setor de pessoal atuante para detectar a falta de motivação ou adoecimento “invisível” do empregado.

O problema, aparentemente, simples de ser resolvido, todavia, se complica quando são identificadas as principais causas de deflagração desse fenômeno.

As principais são:

- a) organizações com cobrança excessiva de metas;
- b) organizações que estimulam elevado grau de competição entre membros ou entre equipes;

c) ênfase na política de punição em detrimento da premiação;

d) falta de estímulos para a ascensão funcional;

e) negativa ou imposição de obstáculos à aceitação de licenças médicas;

f) frustração do empregado devido à falta de concretização das expectativas não atendidas após contratação;

g) a contrapartida remuneratória não corresponde às responsabilidades atribuídas após a contratação;

h) falta de atenção ou baixa resposta da empresa às demandas do setor do empregado;

i) falta de planos de capacitação e de apoio ao empregado quando se mostra sua ausência para tratar da própria saúde.

A lista é meramente exemplificativa. A depender da realidade organizacional e dos desafios da profissão outros fatores poderão se mostrar relevantes.

Fatos geradores de presentismo podem ser identificados também em motivos extralaborais, como problemas familiares (doença na família, divórcio), financeiros (dívidas), ou mesmo psicológicos (morbidades pré-existentes que são deflagradas, catalisadas ou potencializadas após a admissão no emprego). Tudo isso torna mais difícil e complexo o enquadramento do fenômeno como doença puramente ocupacional.

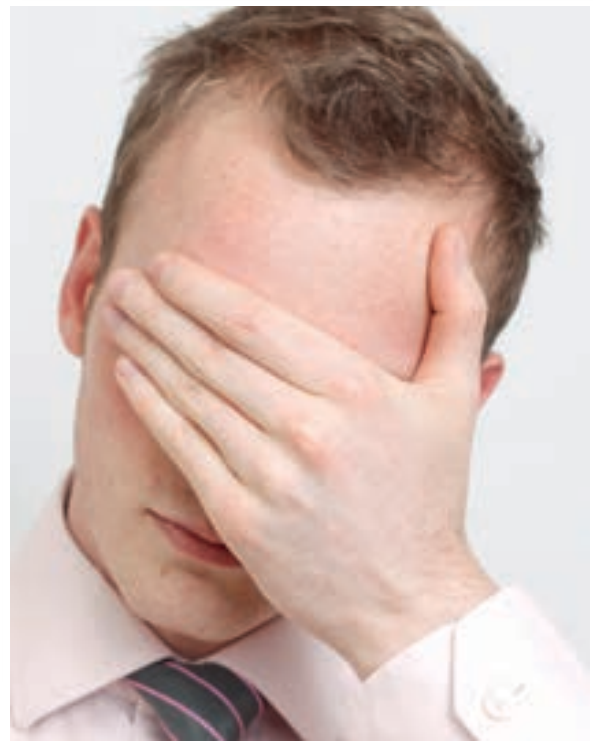
No entanto, para o escopo deste artigo preferiu-se se concentrar nas causas que envolvem somente as deficiências ou desafios decorrentes da própria cultura organizacional da empresa, os quais, com

o tempo, vão aprofundando o grau de insatisfação pessoal e a falta de motivação do empregado, revelando de forma incontestável o nexo de causalidade entre o trabalho e o estado de saúde deficitário do trabalhador.

E tal se dá porque o aparecimento dos sintomas do presentismo pode ocorrer justamente por causa das estratégias de gestão de pessoal adotadas pelas empresas, conforme as causas antes apontadas.

Daí nasce um cenário paradoxal, onde dificilmente serão superados pelo empregado os efeitos do presentismo, uma vez que é exatamente o ambiente laboral o gerador de seu baixo engajamento e é, por causa do medo de perder o emprego que o funcionário se submete a ir trabalhar mesmo sem condições físicas ou emocionais, ou fica além de sua jornada, apenas para ser mais valorizado.

Paradoxal também se mostra o quadro quando se verifica que o empregado presentista não é, necessariamente, aquele que tem maior sentimento de pertencer à empresa; de se sentir por ela acolhido ou



aquele que mais se dedica ao empregador.

Ao contrário, pesquisa feita com profissionais da área de saúde revelam que os empregados presentistas são aqueles que mais apresentam insatisfação com o trabalho, muito embora se esforcem, diariamente, para ir ao lugar fonte de seu desânimo.

Por outro lado, não haverá detecção do problema pelo empregador, justamente, porque faz parte das suas estratégias diretas ou indiretas (por meio de seus prepostos) o estímulo à competição, ou, ainda, por lhe faltar a visão de que o quadro de carreira (se existir um) não é dos mais atraentes para seus empregados, ou ainda, o programa de ascensão funcional não ser tão claro ou atraente para o empregado.

Além disso, é mais comum na cultura organizacional a prática de aplicação de punição (advertência, suspensão e mesmo dispensa) do empregado faltoso, do que a premiação daqueles mais comprometidos. A cultura da premiação, quando existe, refere-se no mais das vezes, aos resultados financeiros obtidos pelo trabalhador, e, não, seu esforço, dedicação ou compromisso ético com o empregador, virtudes não mensuráveis, mas que poderiam ser valorizadas.

Cria-se um círculo vicioso. O empregado tem receio de perder o emprego e vai trabalhar mesmo sem condições e sem revelar suas disfuncionalidades; o empregador não melhora sua forma de organização e gestão de pessoal, seja porque não quer, seja porque não detém as informações e demandas necessárias para uma mudança positiva.

Não é incomum, além disso, que o empregado com presentismo preste serviços em horas extras, como forma de manifestar comprometimento em relação à empresa, exatamente devido ao temor da perda do emprego e como forma de tentar mostrar seu

valor. É o chamado presentismo competitivo ou como mencionado antes, aquele verificado quando o empregado, mesmo tendo terminado seu serviço, somente deixa a empresa após a saída de seu chefe.

Tal comportamento, todavia, além de camuflar a realidade, ainda posterga a resolução do problema pelo empregador, por considerar que o empregado, se foi trabalhar e ainda faz horas extras, está bem de saúde ou, no mínimo, gosta da empresa.

Porém, o excesso de horas no ambiente laboral não resultará necessariamente em aumento da produtividade ou da qualidade dos serviços prestados. No mais das vezes, haverá aumento quantitativo, mas com perda da qualidade anteriormente obtida. Além disso, havendo pagamento correto pelo sobrelabor, a empresa arcará duplamente com prejuízos, na medida em que remunerará com horas extras por um trabalho, a rigor, menos qualificado.

A esta altura, poder-se-á fazer a seguinte pergunta: se o ambiente de trabalho é tão ruim, por que o empregado simplesmente não se demite?

Como dito antes, o principal motivo para o presentismo é o medo de perder o emprego ou o temor de não ter mais valor no mercado por estar debilitado.

Diante desse contexto, o empregado se inibe de buscar ajuda médica ou mesmo de tirar férias.

Está pronta, assim, uma verdadeira bola de neve.

O empregado não desenvolve seu mister como o esperado, a empresa não identifica o problema da falta de motivação, cobra mais resultados, o empregado fica cada vez mais angustiado, mais presente

(presentista), mormente em momentos de crise e recessão econômica.

PRESENTISMO E ASSÉDIO MORAL

Muito embora não se confundam os fenômenos, não se pode descartar a possibilidade de que o presentismo poderá gerar no futuro um cenário favorável ou identificável com o assédio moral.

Por assédio moral se entende a conduta injusta e reiterada de superior hierárquico, ou não, apta a deflagrar na vítima um adoecimento psicológico ou físico, decorrente da intenção declarada ou velada de excluir, menosprezar ou humilhar o empregado.

De fato, havendo diminuição de desempenho do empregado presentista,

a qualquer pressão e, muito provavelmente, a perceber condutas de cobrança como deflagradoras de mais pressão, estresse e, por último, ensejadoras de reparação por dano moral, caso venha a ser dispensado com ou sem justa causa.

Outro ponto de contato do comportamento de presentismo, mas que com ele não se confunde, é a síndrome de *burnout*, distúrbio mencionado pela primeira vez em 1974 e caracterizado pelo colapso mental e físico provocado por condições laborais extremamente desgastantes (esgotamento profissional).

Nada impede, todavia, ao contrário, tudo leva a crer que o presentismo e a síndrome do esgotamento profissional se complementam e alternam.

“Percebe-se, então, que os limites entre o presentismo e a percepção do trabalhador acometido desse comportamento acerca do assédio são tênues.”

a sua equipe de trabalho acabará ficando sobrecarregada, o que gerará, se não cobranças diretas sobre o empregado, o que poderia ser sentido pelo presentista como assédio horizontal; a cobrança por seu superior hierárquico, que será percebida como assédio moral vertical ou assédio por cobrança excessiva de metas.

Percebe-se, então, que os limites entre o presentismo e a percepção do trabalhador acometido desse comportamento acerca do assédio são tênues.

Isso porque o empregado que apresenta presentismo, por estar fragilizado, estará mais facilmente susceptível a sucumbir

Com efeito, diante do presentismo, as demandas de trabalho são acumuladas de forma crescente, e, com menos energia para lidar com isso, surge o *burnout*.

Deflagrado o esgotamento, os resultados não serão menos nefastos para o empregado.

Com o esgotamento mental e físico, há grande possibilidade de o empregado simplesmente romper com todas as regras e normas disciplinares e resvalar no desemprego, após uma traumática dispensa por justa causa, motivada por indisciplina ou até mesmo por agressão de outrem (art. 482, alíneas “h” e “j”, CLT)(CORREIA, 2017).

No entanto, diagnosticado corretamente o presentismo ou a síndrome do *burnout*, havendo nexos de causalidade com o trabalho, não haverá motivo para dispensa por justa causa.

Ao reverso, o paciente, segurado do INSS, fará jus à estabilidade no emprego, de no mínimo doze meses, e a percepção do auxílio-doença acidentário.

Difícil será a prova em juízo de que o empregado estava acometido daquele comportamento ou da síndrome.

PRESENTISMO E DESÍDIA

Outro ponto que merece destaque é a possibilidade de confusão entre o presentismo e o comportamento desidioso, motivo este comum e corriqueiro para a dispensa por justa causa do empregado (art. 482, “e”, CLT) e caracterizada como a falta de diligência em relação ao serviço prestado.

Não raro, o empregado que não está engajado ou motivado dentro da empresa, muitas vezes será visto como preguiçoso, ou ainda, que não faz o serviço porque não quer.

Ao contrário da desídia, no entanto, o presentismo não é um vício comportamental ou de personalidade. Há motivos claros para a baixa produtividade do trabalhador e, não raro, ele afeta excelentes profissionais que já tiveram no passado engajamento e produtividade na empresa.

Outra diferença que pode ser percebida em relação à desídia é que no presentismo pode haver mudanças no trato interpessoal do empregado: a extroversão de início cede lugar à introversão e um antigo espírito participativo cede lugar à apatia e desânimo incomuns. No caso de empregado desidioso, a apatia pode estar presente desde a sua admissão no emprego e a produtividade

pode nunca ter sido um diferencial neste empregado negligente ou sem diligência.

PRESENTISMO E NOMOFOBIA

Igualmente, presentismo não se confunde com a nomofobia.

A palavra nomofobia formou-se da composição em inglês dos termos *no* + *mobile* + *phone*.

Literalmente poderia ser definida como o comportamento que descreve o medo crescente de o indivíduo ficar sem um dispositivo móvel ou não estar com a possibilidade de se conectar com outrem ou com um grupo social.

Já se tornou relativamente comum ver empregados, durante sua jornada de trabalho, sem qualquer dedicação ao serviço, vendo e passando mensagens em seus celulares ou entretidos em assuntos diversos ao do trabalho, por meio da tela de um *smartphone*.

Não há ainda estudos, até o momento, se o presentismo pode acarretar a nomofobia ou vice-versa.

Pode-se assumir, no entanto, que a nomofobia pode levar ao presentismo (o empregado vai trabalhar, mas passa maior tempo de sua jornada usando seu celular), mas o presentismo, não necessariamente, leva à nomofobia.

No entanto, já se vem consolidando entre as empresas a regra de proibir o uso de celulares durante a jornada de trabalho. Em caso de descumprimento, haveria o fácil enquadramento no tipo celetista descrito como insubordinação ou indisciplina.

Para os casos em que não houvesse essa proibição regulamentar de uso de celular

durante a jornada, a desídia poderia restar configurada, caso o empregado deixasse de cumprir o seu serviço adequadamente, devido ao uso exacerbado ou indevido do aparelho.

MEDIDAS PREVENTIVAS

O primeiro passo para a resolução do problema é a consciência de que o problema existe e pode atingir qualquer empresa e segmento econômico.

Não há estudos de caso, ainda, sobre quais setores da economia seriam mais propensos ao problema. Fala-se, todavia, que profissionais de saúde e professores são muito afetados.

No entanto, pode-se afirmar que há locais em que, por sua própria natureza, o presentismo pode aumentar sobremaneira os índices de acidentes de trabalho. Exemplificadamente, a construção civil e área de saúde (hospitais e congêneres).

Também não há, ainda, pesquisas estatísticas no Brasil relacionadas com o nível de escolaridade dos mais afetados por esse comportamento. Ousa-se antecipar, contudo, que não se trata de um problema que afeta somente altos empregados ou funcionários de médio escalão, uma vez que é conhecido o fato de a maioria das empresas no Brasil ser de pequeno porte e não dotadas de programas de estímulo, capacitação, quadros de carreira ou com canais de apoio ao trabalhador.

Para as médias e grandes empresas, um canal de comunicação e um setor de RH responsável e com comprometimento com a saúde e segurança laboral é um começo.

A elaboração de um plano de carreira e esclarecimento sobre como e quando ser promovido deverá também auxiliar no

desenvolvimento de objetivos.

Outro ponto importante é a correta identificação da adequação do funcionário à função ocupada. Não necessariamente ocupar um cargo de chefia com maior remuneração pode ser o sonho do empregado.

Além disso, para qualquer organização deve haver a boa prática de fixação de metas razoáveis e com um organograma equilibrado, em que ninguém saia mais sobrecarregado do que outro.

Uma medida prática que poderia ser utilizada em qualquer organização, independentemente do tamanho, é o aperfeiçoamento da liberação do empregado para usufruir de licenças médicas. Tal prática mostra-se essencial para prevenir problemas maiores no futuro e mitigar a realidade da alternância entre momentos de presenteísmo (nos quais não se tira licença) com absenteísmo (onde o afastamento é inevitável), utilizada por muitos como forma de gerenciamento dos episódios algícos ou de morbidade.

Outrossim, políticas de premiação, seja em dinheiro ou outra utilidade, ou ainda, em folgas; políticas de reconhecimento de talentos, com atribuições de funções pertinentes ao currículo do empregado; ou, ainda, a construção de um canal efetivo de comunicação para receber sugestões, críticas e elogios, sem o risco de punições, representam boas iniciativas.

Por fim, para as grandes organizações que dispõem de Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho (SESMT) e Comissão Interna de Prevenção de Acidente (CIPA), deveria haver atenção sobre o problema para conscientização permanente do corpo funcional.



PRESENTISMO E TRABALHO EM CASA (HOMEOFFICE)

Se há poucos estudos sobre o presentismo dentro dos muros empresariais, com muito mais razão demorará ainda um tempo para serem observados os efeitos desse fenômeno sobre aqueles trabalhadores em *homeoffice*.

Pode parecer paradoxal, mas se ousa aqui afirmar que as dificuldades e falta de motivação do funcionário poderá existir também longe da presença do empregador.

Seria o caso de um novo tipo de presentismo, ainda não catalogado, em que mesmo sem a necessidade da presença física do empregado no estabelecimento, ele estaria desconectado ao trabalho e a visibilidade da doença seria muito mais complexa.

Os motivos ensejadores do fenômeno poderiam ser os mesmos antes enumerados: cultura organizacional da empresa com pouco ou nenhum estímulo ao crescimento ou desenvolvimento do completo potencial do empregado.

Como contribuição poder-se-ia chamar de um novo presentismo ou presentismo extra-muros.

Talvez o fenômeno apareça com mais veemência nos próximos meses ou anos, devido ao cenário que se descortina de recessão econômica e novas formas de manutenção de emprego em tempos de pandemia e fechamento de postos de trabalho presenciais.

CONCLUSÕES

As mudanças tecnológicas que acarretam transformações cada vez mais dinâmicas no mundo laboral e nas relações de trabalho exigem acompanhamento não menos rápido ou intenso dos problemas envolventes e decorrentes dessas mudanças.

A remodelagem e reestruturação organizacional ocorrida na década de 1990, que deflagrou o fenômeno do presentismo pode vir seguida de várias outras mudanças no cenário do emprego e nas formas de empregabilidade, sendo certo que os sentimentos de temor da perda de emprego ainda são uma constante no mundo laboral.

Mudanças de modelo organizacional poderão deflagrar novas formas de presentismo e novas doenças ocupacionais com ele relacionadas

O presentismo não está somente associado a fator isolado da saúde de um indivíduo, mas sim, está inserido num contexto mais complexo e amplo (psicológico e social), empresarial e organizacional a atrair a atenção sobre as formas de liderança, gestão de pessoas e de concessão ou tolerância a atestados médicos.

Não raro, os conflitos envolventes entre empregado e empregador que desembocam no Judiciário, não revelam os

dois lados da moeda, recaindo a análise do caso concreto, prioritária e lacunosamente, sobre a figura do trabalhador e as estreitas hipóteses dos motivos para a ruptura contratual (arts. 482 e 483 da CLT).

Aspectos como existência de alta competitividade, cobrança excessiva de metas, falta de condições laborais no ambiente físico, intolerância ou negativa de gozo de licenças médicas, tudo isso chega ao Judiciário sem revelar a real dimensão e profundidade e, no mais das vezes, posterga e escamoteia o correto diagnóstico sobre as reais causas do adoecimento, fazendo com que a realidade permaneça incólume e o presentismo seja o cenário de normalidade.

A par disso, diante da falta de enfrentamento do problema ou mesmo de sua discussão nos órgãos responsáveis pela segurança e saúde do ambiente laboral, a resolução do conflito levado ao Judiciário restringe-se, no mais das vezes, unicamente a questões sobre verbas rescisórias (reversão de dispensa por justa causa em dispensa imotivada), e, quando muito, na monetização da saúde do trabalhador, quando há laudo pericial médico atestando alguma doença profissional ou ocupacional (mesopatía ou tecnopatía).

Muito dificilmente, será detectado o presentismo.

Dificuldades ainda maiores se anteveem quando se percebem as novas formas de suspensão do contrato de trabalho em tempos de pandemia e de grave recessão econômica, onde o temor da perda do emprego se tornou uma constante.

Nesse novo cenário, vislumbra-se o provável nascimento de um novo tipo de presentismo, que aqui se alcunhou de **presentismo extra-muros**, que não é menos pernicioso que o **presentismo clássico**, na medida em que torna maior a invisibilidade

das demandas de saúde físico-psicológicas do empregado perante seu empregador.

Referências

CORREIA, Henrique *et. al.* **CLT comparada**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.



TRABALHADOR DE PLATAFORMAS DIGITAIS: EMPREGADO OU AUTÔNOMO?

Xerxes Gusmão¹

Resumo

A história recente do mundo indica um incremento significativo do ritmo da evolução das formas de produção, a ponto de a doutrina especializada identificar quatro revoluções industriais, desde o século XVIII. A última delas, vivida atualmente, é caracterizada especialmente pela utilização em larga escala da inteligência artificial, concretizada pelo algoritmo. Ela deu ensejo a uma nova forma de trabalho, por plataformas digitais, com relação ao qual existe intrincada polêmica acerca da existência ou ausência do vínculo empregatício. Naturalmente, esta questão já se encontra sob análise nas diversas instâncias da Justiça do Trabalho. O presente estudo examinará, assim, este complexo tema, iniciando-se pelo estudo do surgimento e das características do trabalho por plataformas digitais. Em seguida, será analisado detidamente o enquadramento jurídico desta nova modalidade de trabalho, com os principais elementos favoráveis e contrários à configuração do vínculo empregatício do trabalhador das plataformas digitais.

1 Juiz do Trabalho Substituto, do TRT da 17ª Região (ES). Mestre e Doutor em Direito do Trabalho e Previdenciário, pela Université de Paris 1 – Panthéon-Sorbonne. Professor universitário. Email: xerxesgusmao@hotmail.com

Palavras-chave: Quarta revolução industrial.

Trabalho por plataformas digitais. Enquadramento jurídico. Vínculo empregatício ou Trabalho autônomo.

INTRODUÇÃO

O trabalho por plataformas digitais, oriundo da denominada quarta revolução industrial ou indústria 4.0, vem despertando interesse crescente, da doutrina nacional e internacional.

Interesse ainda insuficiente, todavia, para apaziguar a acalorada cizânia acerca da existência ou ausência de vínculo empregatício entre o trabalhador e a plataforma digital, eis que a jurisprudência pátria ainda não se sedimentou sobre o tema.

Resta, de todo modo, uma realidade fortemente precarizada para os trabalhadores do setor, pois submetidos, na prática, a uma relação autônoma e desprovida de qualquer direito, trabalhista ou previdenciário.

O presente estudo examinará, assim, essa complexa questão do vínculo empregatício do trabalhador por plataformas

digitais, iniciando-se pela análise do trabalho por plataformas, passando, em seguida, propriamente ao exame do seu enquadramento jurídico.

SURGIMENTO DO TRABALHO POR PLATAFORMAS DIGITAIS

O trabalho humano evolui continuamente, sempre se revestindo de novas formas, ao longo do tempo.

Nesse sentido, recentemente surgiu, no Brasil e no mundo, uma nova modalidade de labor: por meio de plataformas digitais, decorrente da modificação dos processos industriais, levada a efeito por intermédio da denominada revolução 4.0.

O exame destes novos fenômenos econômicos e trabalhistas revela-se, por conseguinte, de relevância inegável.

Economia 4.0

A história da economia caracteriza-se pela evolução das formas de produção, a qual inclui diversas etapas, decorrentes do que a doutrina especializada denomina de revoluções industriais.

A primeira revolução industrial, do século XVIII, baseou-se na utilização do carvão e da máquina a vapor, criando as grandes indústrias, concentrando mão-de-obra numerosa em espaços fechados de produção.

A segunda revolução industrial, ocorrida na segunda metade do século XIX, representou significativo avanço tecnológico. Baseou-se no uso do aço, da energia elétrica e dos combustíveis derivados do petróleo, com diversos inventos, especialmente: automóvel, telefone, televisor, rádio, avião.

A terceira revolução industrial, que

data da segunda metade do século XX, foi marcada pelo uso de microcomputadores e pela criação da internet e do telefone celular, com forte digitalização de documentos e a invenção da robótica. Houve, ainda, a introdução de novas fontes de energia, como a nuclear, a solar e a eólica, além da engenharia genética e da biotecnologia.

Por fim, a quarta revolução industrial, dando ensejo à Indústria 4.0 ou *Gig Economy*, teve início no século XXI, estando em plena evolução atualmente. Trata-se de etapa marcada pela utilização de sistemas ciber-físicos (associação entre computação, rede e processos físicos); a internet das coisas (conectando os itens usados do dia a dia, como eletrodomésticos ou meios de transporte, à rede mundial de computadores e a smartphones); a computação em nuvem; a inteligência artificial.

Merece destaque a inteligência artificial, que utiliza o algoritmo, capaz de identificar com precisão elementos variados do processo produtivo, como local e momento da execução das atividades, além da identificação de clientes em potencial.

Alguns doutrinadores denominam esta etapa da evolução econômica como economia do compartilhamento, mas o termo encontra resistência por parte da maioria da doutrina, pois ele implicaria as ideias de solidariedade e cooperação, incompatíveis com a intenção do lucro, presente na quase integralidade das empresas do setor.

Tom Slee, um dos maiores especialistas do tema, indica claramente a incompatibilidade entre ambos os conceitos, nos seguintes termos:

O debate precisa deixar de lado o foco exclusivo na tecnologia. Precisa reconhecer que não há soluções fáceis para problemas sociais complexos – e menos ainda para os conflitos

reais e para as injustiças que permeiam a sociedade. A completa negligência da Economia do Compartilhamento em relação à história dos movimentos colaborativos e cooperativos é uma das razões pelas quais foi tão facilmente cooptada pelo mundo dos negócios. (SLEE, 2017, p. 322).

Deixando-se de lado, assim, o inadequado termo de economia de compartilhamento, é preferível nomear esta etapa da evolução produtiva como Economia 4.0 ou *Gig Economy*, aquela marcada por uma modificação radical da forma de produção das empresas, impactando diretamente no trabalho executado por milhões de pessoas, no mundo inteiro.

Empreendedorismo ou relação de trabalho?

“Prova irrefutável dessa prestação de serviços é o fato de que todas as suas condições essenciais, como valor, disponibilidade e forma de captação de clientes, são fixadas pelas plataformas, sem qualquer ingerência dos trabalhadores.”

Convém destacar, inicialmente, que as plataformas digitais não admitem que as pessoas que concretizam a prestação de serviços junto aos clientes sejam trabalhadoras, sustentando que elas seriam, em verdade, empreendedoras, que se valem dos serviços que as plataformas lhes oferecem, sendo, por conseguinte, meras tomadoras, não prestadoras de serviços, enquanto as plataformas seriam meras intermediadoras desta relação entre clientes e empreendedores.

Malgrado o respeito que qualquer posição doutrinária mereça, resta evidente que essa tese representa mera elucubração jurídica, desprovida de efetivo fundamento no nosso ordenamento jurídico, pois é inegável que esses prestadores de serviços por plataformas são trabalhadores, por

prestarem, e não tomarem, os serviços das plataformas, ainda que haja clientes igualmente recebendo estes serviços.

Prova irrefutável dessa prestação de serviços é o fato de que todas as suas condições essenciais, como valor, disponibilidade e forma de captação de clientes, são fixadas pelas plataformas, sem qualquer ingerência dos trabalhadores. Uma mera intermediadora jamais teria tamanho poder diante de um verdadeiro empreendedor.

Decorrência lógica da existência dessa prestação de serviços é a superação, por doutrina e jurisprudência sedimentadas sobre o tema, da tese do empreendedorismo, admitindo-se, assim, a existência de uma relação de trabalho nas plataformas digitais.

Conclui-se, desse modo, pelo surgimento de uma nova modalidade de trabalho, executado em plataformas digitais, igualmente denominado de trabalho uberizado.

Este trabalho possui duas espécies: por um lado, a mais conhecida, do trabalho sob demanda ou *on demand*, vinculado a aplicativos, cujas categorias mais comuns são os motoristas no transporte de passageiros ou de carga e os entregadores de alimentos ou de mercadorias; por outro lado, há o denominado *crowdwork*, trabalho contratado junto a uma plataforma com diversos inscritos e executado por tarefas, tais como o controle de conteúdo de sites, a elaboração de projetos de engenharia ou de arquitetura ou atividades relacionadas à educação, como aulas ou traduções.

A dúvida que surge, juntamente com esta nova modalidade de trabalho do século XXI, é se ela seria uma evolução das antigas formas, demandando mera adaptação, ou uma forma completamente distinta, exigindo abandono dos antigos marcos regulatórios do labor humano, em cenário de fortes incertezas.

Guilherme Feliciano e Olívia Pasqualetto defendem a primeira hipótese, como se observa do seguinte trecho de texto de sua autoria:

Se, contudo, evitarmos as previsões extremas – de perfil apocalíptico –, reconheceremos, pelos próprios indícios presentes nas primeiras constituições do século XXI, que o futuro do trabalho ainda se pautará, no trinômio realeano (fato-valor-norma), pela convergência dos valores constitucionais hoje vigentes, e, notadamente, a dignidade da pessoa humana (contrária a qualquer processo de coisificação do ser humano) e o valor social do trabalho (contrário a qualquer lógica que se baste pelo consequencialismo econômico), de que deriva uma matriz semântica compositiva dos direitos constitucionais da pessoa no âmbito do trabalho (FELICIANO; PASQUALETO, 2019, p. 19).

Mera evolução, portanto, mas bastante peculiar, o trabalho por plataformas se insere, atualmente, em realidade fortemente precarizada no Brasil.

Uma realidade fortemente precarizada

Independente da modalidade, o fato é que o trabalho por plataformas apresenta uma característica comum: a forte precarização, pois inexistente, formalmente, vínculo empregatício com os seus trabalhadores, que restam, assim, desprovidos de qualquer direito trabalhista ou previdenciário.

Nesse sentido, os trabalhadores

por plataformas prestam seus serviços sem qualquer tipo de cobertura social: em caso de acidente no trabalho, a empresa não lhes presta qualquer assistência; não há garantia de uma renda mínima, independente do número de horas trabalhadas²; os períodos laborados não são computados como tais para fins previdenciários, inexistindo qualquer recolhimento por parte das plataformas.



Essencial para compreensão do tema é a observação de que essa realidade precarizada do novo trabalhador digital, evolução do antigo operário fordista ou toyotista – a ponto de alguns o considerarem como parte de uma categoria denominada de precariado –, caracterizada pela ausência de direitos, é fundamental para a maximização dos lucros das empresas do setor, como salienta o ilustre doutrinador Ricardo Antunes:

Não menos importante é dizer ainda que a classe trabalhadora, em sua nova morfologia, participa cada vez mais do processo de valorização do capital e da geração de mais-

2 Horas que chegaram em alguns setores mais demandados, no atual cenário de pandemia de Covid-19, a uma média de dez por dia, em seis ou sete dias da semana.

valor nas cadeias produtivas globais. As formas de intensificação do trabalho, a burla dos direitos, a superexploração, a vivência entre a formalidade e a informalidade, a exigência de metas, a rotinização do trabalho, o despotismo dos chefes, coordenadores e supervisores, os salários degradantes, os trabalhos intermitentes, os assédios, os adoecimentos, padecimentos e mortes decorrentes das condições de trabalho indicam o claro processo de proletarização dos assalariados de serviços que se encontra em expansão no Brasil e em várias partes do mundo, dada a importância das informações no capitalismo financeiro global. Constituem-se, portanto, numa nova parcela que amplia e diversifica a classe trabalhadora. (ANTUNES, 2020, p. 66).

Argumento comumente utilizado pelos defensores do atual cenário do trabalho por plataformas é o da autonomia dos seus trabalhadores, que naturalmente os submetem às regras da famosa “mão invisível do mercado”.

Sucedem que este argumento se revela, após exame mais acurado da situação, inexoravelmente frágil, pois a suposta autonomia dos trabalhadores por plataformas não se sustenta, conforme se verificará no item seguinte.

Ademais, a própria submissão destes trabalhadores, ainda que se admita sua autonomia, às rígidas regras do mercado, sem qualquer intervenção do Estado mitigando seus efeitos deletérios – situação atual nas plataformas digitais -, revela-se inadmissível, pois violadora de princípios fundamentais da nossa República, em especial a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho (art. 1º, III e IV da CF/88).

Urge sublinhar, todavia, que, mesmo precarizado, o trabalhador por plataformas representa parcela crescente da mão de obra disponível no país, decorrência natural da queda do número de empregados formais no

mercado de trabalho.

Donde o acirramento da discussão sobre a ausência ou existência do vínculo empregatício nesta nova modalidade de labor, capaz de lhe assegurar as condições mínimas de dignidade sonegadas pelo seu atual enquadramento jurídico formal.

ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO TRABALHO POR PLATAFORMAS

O trabalho por plataformas enseja intrincada cizânia acerca do seu enquadramento jurídico, conforme será examinado detalhadamente a seguir.

A evolução da subordinação

Antes de se adentrar propriamente no exame do vínculo empregatício do trabalhador por plataformas, convém analisar a evolução da subordinação, para melhor apreensão do tema sob lume.

Nesse diapasão, deve ser observado, de início, que o vínculo empregatício possui requisitos específicos para sua caracterização³, dos quais o mais polêmico e complexo é a subordinação.

Esta subordinação, tradicionalmente, foi detectada mediante a análise do que se denomina como feixe de indícios, tais como um horário fixo de trabalho (fixado pelo empregador), a presença habitual no local de trabalho, as ordens diretas do empregador ou o fornecimento pelo empregador das ferramentas de trabalho.

Todavia, com a evolução das relações de trabalho⁴, em especial pelas novas tecnologias, a forma de subordinação sofreu forte impacto, alguns daqueles indícios deixando de ser fundamentais, como a

3 Nos termos dos artigos 2º e 3º da CLT.

4 Mesmo antes do advento do trabalho por plataformas.

presença no local de trabalho ou o horário fixo, concebendo-se o empregado fora do local da empresa, mas com controle pelo empregador, por meios telemáticos.

Concebe-se, assim, novo tipo de subordinação, estrutural, pois vinculada à estrutura da empresa, não a ordens diretas do empregador, como antes.

Nesse sentido, a Lei 12.551/11 alterou a redação do artigo 6º da CLT, inserindo nele um parágrafo único, acrescentando, à previsão originária de ausência de distinção do labor na empresa ou no domicílio do empregado, a possibilidade do labor à distância, não necessariamente no domicílio.

Restou especificado, ainda, que os meios telemáticos e informatizados de controle e supervisão se equiparam,

trabalho por plataformas por meio de um conceito atualizado da subordinação, não vinculado a indícios rígidos e já abandonados para o teletrabalho⁵, não se justificando, por conseguinte, sua manutenção unicamente para o trabalho por plataformas, sob pena de consagração de inegável anacronismo interpretativo.

Fausto Gaia, ao realizar esse esforço de atualização interpretativa, defende a existência de uma nova modalidade de subordinação no trabalho por plataformas, que ele define como disruptiva, conforme trecho a seguir da sua obra:

Diante da necessidade de atualizar os institutos jurídicos concebidos para outra realidade das relações empresariais com os trabalhadores, construímos ao longo do trabalho o conceito de subordinação disruptiva, como forma de

“Concebe-se, assim, novo tipo de subordinação, estrutural, pois vinculada à estrutura da empresa, não a ordens diretas do empregador, como antes.”

para fins de configuração da subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de controle e supervisão do trabalho. Tratava-se, portanto, de uma nova modalidade de vínculo empregatício, à distância, mas ainda subordinado.

Aliás, parcela da doutrina, ao examinar o tema do trabalho por plataformas, defende a aplicação deste novo conceito de subordinação, contido no artigo 6º da CLT, às relações digitais, cujos trabalhadores seriam, assim, uma modalidade de empregados à distância ou teletrabalhadores.

O que se afigura inarredável, de todo modo, independente da extensão desta nova subordinação já normatizada, é a análise do

conferir atualidade ao pressuposto central identificador das relações de emprego. As tecnologias disruptivas foram incorporadas a estrutura de organização produtiva, o que exigiu do operador do direito a necessidade de atualizar os contornos do conceito de dependência jurídica. (GAIA, 2019, p. 297-298).

Apesar dos sólidos fundamentos desta tese, acreditamos, com a devida vênia, ser mais conveniente uma concepção ligeiramente distinta: por não representar efetiva ruptura com a subordinação anterior, mas sim um novo estágio da sua evolução, a subordinação do trabalhador por plataformas não seria disruptiva, mas sim

5 Como as ordens diretas pelo empregador ou o horário fixo de trabalho, repise-se.

imersiva.

Isto porque, ao se inserir no mundo digital das plataformas - no qual o termo imersivo já é utilizado para outros fins⁶ -, o trabalhador se submete a estrito controle, por meio do algoritmo das plataformas, capaz de identificar, em tempo real, todas as etapas da sua prestação de serviços, além de lhe impor o valor destes serviços e os clientes a serem atendidos – cuja recusa pelo trabalhador, como se verá adiante, não é livre.

Passemos, então, ao exame pormenorizado da intrincada questão do vínculo empregatício do trabalhador por plataformas.

Vínculo empregatício ou trabalho autônomo?

Subsiste acalorada cizânia acerca da ausência ou existência do vínculo empregatício do trabalhador por plataformas.

Por um lado, há corrente doutrinária sustentando que ele seria autônomo.

Seus principais argumentos são: a liberdade que o trabalhador por plataformas teria para iniciar e terminar a sua jornada; a liberdade para recusar clientes; a inexistência de ordens diretas ou indiretas das plataformas; o uso de instrumentos de trabalho pertencentes ao próprio trabalhador.

Por sua vez, a corrente que sustenta a existência do vínculo empregatício indica, como principais indícios deste liame: a utilização de toda uma estrutura das plataformas, cujo funcionamento, incluindo o valor dos serviços prestados – e respectiva variação, frequente no cotidiano do setor -, depende inteiramente delas, sem ingerência do trabalhador; a impossibilidade de o trabalhador captar diretamente clientes, dependendo inteiramente da plataforma para tanto; a existência de um controle estrito, por meio do algoritmo, capaz de identificar, em

6 A própria tecnologia do mundo digital é denominada imersiva.

tempo real, todas as fases da prestação de serviços; a interferência no labor prestado, por meio de punições (suspensão ou cancelamento do registro), aplicadas em caso de má-avaliação por clientes ou recusas reiteradas de serviços⁷.

É especialmente o estrito controle do labor prestado que nos conduz a aderir à corrente que sustenta a existência do vínculo empregatício, pois ele nos parece ser prova de uma nova forma de subordinação, distinta da tradicional subordinação jurídica às ordens diretas do empregador, mas, ainda assim, uma vinculação estrita às diretrizes da plataforma.

Nesse diapasão, o estágio atual da subordinação nas plataformas seria oriunda da imersão dos trabalhadores nesse universo digital, estritamente dirigido pela inteligência artificial, concretizada pelo algoritmo, capaz de manter, até mesmo de aprofundar, a subordinação do trabalhador às diretrizes das plataformas. Subordinação imersiva, portanto, nesse novo universo digital, como sustentamos no item anterior.

Cumpre salientar, contudo, que o tema ainda se encontra longe de ser pacificado, tanto na doutrina quanto na jurisprudência trabalhistas.

Há, assim, diversas decisões da Justiça do Trabalho brasileira, em ambos os sentidos, ora reconhecendo, ora negando o vínculo empregatício do trabalhador por plataformas. No C. TST, a matéria ainda é incipiente, apesar de já haver decisões esparsas proferidas por algumas Turmas, com tendência à negativa do vínculo empregatício⁸.

Resta inegável, por conseguinte, que essa questão do vínculo empregatício do trabalhador

7 Impende reiterar que as plataformas digitais negam, solenemente, a existência dessas punições, mas há diversos estudos do setor que as comprovam.

8 Cite-se, à guisa de exemplo, a decisão da 5ª Turma do TST, de 5 de fevereiro de 2020, no bojo do RR - 1000123-89.2017.5.02.0038, assim como o julgado da 4ª Turma do TST, de 9 de setembro de 2020, no bojo do AIRR-10575-88.2019.5.03.0003, ambas decisões negando o vínculo empregatício.

por plataformas ainda demandará algum tempo de maturação, tanto na doutrina quanto na jurisprudência brasileiras.

Será essencial, entretanto, para essa evolução interpretativa e analítica, que se abandone uma visão estática da subordinação clássica fordista, dependente de ordens diretas do empregador ao empregado ou de um horário fixo de trabalho, pois tais elementos são notoriamente incompatíveis com o atual estágio de evolução das relações de trabalho, nas plataformas digitais ou mesmo fora delas.

Nesse sentido, Francisco Barbosa Junior sustenta que:

Na *gig economy*, o nível de subordinação presente talvez não seja entendido suficiente para reconhecimento de um contrato de emprego sob a égide da ótica do trabalho tradicional. Não obstante, o elemento em tela necessita ser avaliado de outra forma, levando em conta a presença da direção remota do trabalho, de padrões comportamentais, incentivos, punições e metas impostas pela empresa, além da existência de uma remuneração acordada a ser paga por tarefa realizada (BARBOSA JUNIOR, 2019, p. 123-124).

Tal evolução vem se verificando internacionalmente, visto que há diversas decisões recentes, em vários países do mundo, reconhecendo o vínculo empregatício do trabalhador por plataformas, podendo-se citar, especialmente: a decisão da Suprema Corte da Califórnia, de abril de 2018 (que deu origem à lei do Estado da Califórnia AB5, de 2019, no mesmo sentido); do Tribunal de Apelações do Reino Unido, de dezembro de 2018; da Cour de Cassation francesa, de março de 2020.

Trata-se, portanto, de uma tendência internacional, que quiçá se confirme igualmente no Brasil, quando da sedimentação do tema no nosso país.

Garantia de direitos mínimos

Independente da cizânia acerca do vínculo empregatício do trabalhador por plataformas, o que enseja menos polêmica é a necessidade de se garantir uma rede mínima de proteção, especialmente se consideradas as estatísticas atuais do mercado de trabalho brasileiro, fortemente precarizado⁹.

O momento atual de pandemia de Covid-19 reforçou esta discussão, pois ele ensejou o pagamento, pelo Estado, de uma renda mínima a todos aqueles que não lograram obter remuneração por meios próprios, por não se admitir o abandono de um imenso contingente de trabalhadores totalmente sem renda.

O que decorre do atual momento das relações de trabalho no Brasil, assim, é não somente a adequação, mas igualmente a necessidade de se assegurar ao trabalhador por plataformas, desprovido de quaisquer direitos trabalhistas ou previdenciários, uma rede de proteção social mínima, composta especialmente por uma renda mínima e por uma cobertura previdenciária básica, além de outros direitos essenciais, como um seguro contra acidentes de trabalho e um local para repouso e refeição.

Encontra essa posição amparo constitucional, em diversos princípios e direitos fundamentais, em especial: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/88); o valor social do trabalho (art. 1º, IV da CF/88); o direito ao trabalho (art. 6º da CF/88); o direito à saúde (art. 196 da CF/88); o direito à seguridade social (art. 194 da CF/88)¹⁰.

Ainda que se revele desejável uma concretização normativa mais detalhada desta rede de proteção, fato é que já existem normas gerais aptas a fundamentar esta concretização,

9 Nesse sentido, as estatísticas mais recentes apontam um número aproximado de cinquenta milhões de subcontratados – nem todos, mas muitos em plataformas –, em comparação com um efetivo aproximado de trinta e cinco milhões de empregados formais.

10 No qual se inclui o direito à previdência social, assegurada a todos os trabalhadores, independente do seu enquadramento jurídico, ainda que dependente de contribuição (art. 201 da CF/88).



com base nas quais é possível se sustentar uma contribuição da empresa, com ou sem o suporte do Estado, para o estabelecimento de direitos essenciais ao trabalhador por plataformas que lhe preste serviços.

Vale destacar que há, ainda, fundamentos específicos para a aludida contribuição da empresa: o princípio da alteridade (art. 2º, *caput* da CLT), segundo o qual ela assume sozinha os riscos do negócio econômico, como contrapartida natural do lucro que dele auferir; o princípio da função social da empresa (art. 5º, XXIII da CF/88), segundo o qual ela não existe somente para ensejar o lucro, mas igualmente para dar a sua contribuição à sociedade.

O caminho ideal a se trilhar, assim, é no sentido de se assegurar de imediato, por meio da empresa e/ou do Estado, um arcabouço protetivo mínimo ao trabalhador por plataformas, sem se descurar, por óbvio, do objetivo principal, que é o de formalizar o maior número possível de trabalhadores sob a forma jurídica mais protetiva, do vínculo empregatício, pois presentes os respectivos requisitos, como estudado no item anterior.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pandemia de Covid-19 impôs, ao conjunto da sociedade brasileira, uma série

de desafios inéditos, ensejando uma crise sem precedentes no país.

Todavia, como todo cenário de crise, a oriunda desta pandemia ofereceu algumas oportunidades de mudança, pela conscientização que o cenário de extrema dificuldade naturalmente enseja.

Isto ocorreu no caso do trabalho por plataformas, cuja fortíssima precariedade tornou-se mais visível, graças à maior utilização desta nova modalidade de labor durante a pandemia.

A Justiça do Trabalho, uma vez mais, mostrou-se à altura do desafio posto, contribuindo eficazmente, por meio de decisões de variados juízos e tribunais do país, para assegurar direitos básicos aos trabalhadores por plataformas, em especial no tocante às medidas essenciais de saúde e segurança do trabalho.

É preciso se reconhecer, todavia, que um avanço se faz necessário, rumo a uma visão mais moderna e apropriada da subordinação jurídica.

Nesse sentido, devem ser abandonadas as antigas amarras de um conceito rígido da subordinação, vinculado a ordens diretas e a um horário de trabalho imposto e monitorado pelas plataformas digitais.

Em vez disso, afigura-se como mais adequada uma nova definição da subordinação, à qual o trabalhador por plataformas está, efetivamente, adstrito: aquela decorrente do controle total oferecido pelo algoritmo da inteligência artificial, capaz de identificar todos os meandros da sua prestação de serviços e de lhe impor um regime de amplas restrições, por meio de avaliações e punições, tudo em tempo real.

Somente desse modo a Justiça do Trabalho será capaz de enfrentar, em sua inteireza e complexidade, o novo desafio que lhe é posto: o de reconhecer o vínculo empregatício de um trabalhador que é, na imensa maioria dos casos, efetivamente subordinado às plataformas digitais, ainda que por um conceito moderno de subordinação, que preferimos definir como imersiva, em decorrência da imersão deste trabalhador no mundo digital das plataformas.

Referências

ABRAMIDES BRASIL, Natália Marques. **Relações de trabalho em plataformas digitais: desafios ao modelo tradicional do Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital**. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2020.

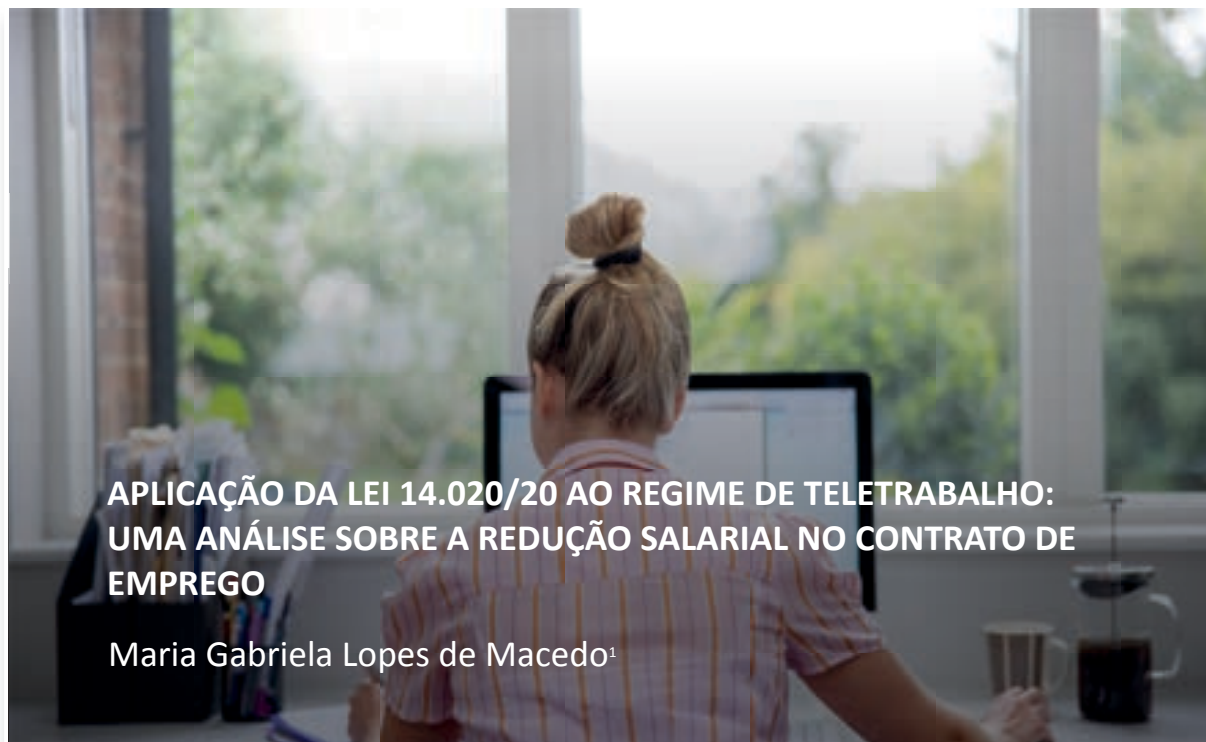
ANTUNES, Ricardo; FILGUEIRAS, Vitor. Plataformas digitais, Uberização do trabalho e regulação no Capitalismo contemporâneo. **Contracampo**, Niterói, v. 39, n. 1, p. 27-42, abr/jul 2020. Disponível em <https://periodicos.uff.br/contracampo/article/view/38901>. Acesso em 08 out 2020.

BARBOSA JUNIOR, Francisco de Assis. **Gig Economy e contrato de trabalho: aplicabilidade da legislação trabalhista aos vínculos de trabalho da nova economia**. São Paulo: LTr, 2019.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; PASQUALETO, Olívia de Quintana Figueiredo. (Re) descobrindo o Direito do Trabalho: Gig economy, uberização do trabalho e outras reflexões. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães; MISKULIN, Ana Paula Silva Campos (coord). **Infoproletários e a uberização do trabalho: Direito e Justiça em um novo horizonte de possibilidades**. São Paulo: LTr, 2019.

GAIA, Fausto Siqueira. **Uberização do trabalho: aspectos da subordinação jurídica disruptiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SLEE, Tom. **Uberização: a nova onda do trabalho precarizado**. São Paulo: Elefante, 2017.



APLICAÇÃO DA LEI 14.020/20 AO REGIME DE TELETRABALHO: UMA ANÁLISE SOBRE A REDUÇÃO SALARIAL NO CONTRATO DE EMPREGO

Maria Gabriela Lopes de Macedo¹

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo analisar a possibilidade de redução salarial do teletrabalhador, principalmente sob a perspectiva da pandemia e da crise mundial causadas pelo COVID-19. Demonstrar-se-á, primeiramente, a possibilidade constitucionalmente prevista de redução de salário no contrato de trabalho, passando ainda pelos requisitos consolidados pela jurisprudência pátria. Em um segundo momento, estudar-se-á de forma breve o contrato de teletrabalho e suas particularidades, bem como sua relação com o controle de jornada, para, posteriormente, verificar a possibilidade de redução de salários dos teletrabalhadores, sob a perspectiva da redução proporcional da produtividade. Passando para a questão cotidiana, analisar-se-ão os aspectos da Lei 14.020/20, como foco na polêmica previsão de redução salarial por acordo individual e o entendimento do STF a respeito do tema. Em seguida, como ponto central do artigo, debater-se-á a aplicabilidade da Lei 14.020/20 aos teletrabalhadores, perpassando, por fim, pelo princípio da igualdade, a fim de estudar a

1 Advogada pós graduada em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC RS. E-mail para contato: mariagabrielalopes.adv@gmail.com.

possibilidade de concessão a esses trabalhadores do Benefício Emergencial previsto pela mesma Lei.

Palavras-chave: Teletrabalho. Redução salarial. Isonomia. Acordo individual. Controle de jornada. Lei 14.020/20. Constituição Federal de 1988.

A POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO SALARIAL NOS CONTRATOS DE TRABALHO

A Constituição Federal, nos incisos de seu artigo 7º, traz os direitos sociais trabalhistas constitucionalmente protegidos. No inciso VI do rol constitucional, há a "irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo" (BRASIL, 1988). Nesse sentido, há a previsão de irredutibilidade salarial no contrato de trabalho, sendo que o salário não é plenamente inviolável, podendo ser **reduzido desde que por meio de norma coletiva** (Acordo Coletivo de Trabalho ou Convenção Coletiva de Trabalho).

Apesar de a Constituição deixar em aberto requisitos ou hipóteses específicas para a redução salarial por norma coletiva,

a Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943), em seu art. 503², prevê hipótese de redução de salários na qual deve haver força maior ou prejuízos efetivamente comprovados, não se aplicando em caso de imprevidência do empregador.

A redução salarial também é prevista em legislação infraconstitucional esparsa, como a Lei 13.189/15, que institui o Programa de Seguro Desemprego, a Lei 11.101/05, Lei de Falência e Recuperação Judicial e a Lei 4.923/65, que estabelece medidas contra o desemprego. Tal legislação esparsa, em regra, determina que a redução salarial será acompanhada da redução da jornada normal de trabalho (além do requisito constitucional da norma coletiva).

Conforme entendimento consolidado pelos tribunais do trabalho, a redução salarial possui ainda mais requisitos, além da instituição por norma coletiva, para ser implementada. Veja-se o entendimento do Colendo Tribunal Superior do Trabalho:

(...) II - RECURSO DE REVISTA. DIFERENÇAS SALARIAIS. REDUÇÃO SALARIAL SEM REDUÇÃO PROPORCIONAL DA JORNADA. ACORDO COLETIVO. INVALIDADE. (...). **A Constituição Federal contempla a possibilidade de redução salarial mediante duas situações: previsão em norma coletiva (art. 7º, VI) e redução da jornada (art. 7º, XIII). As Cortes Trabalhistas têm pacificado entendimento de que a redução salarial é possível, mas somente nas seguintes hipóteses: 1) por período determinado, ou seja, transitória; 2) se decorrer de situação excepcional da empresa, mormente na hipótese em que a conjuntura econômica não lhe for favorável; 3) se for respeitado o salário mínimo legal e/ou piso salarial da categoria profissional do trabalhador; 4) se for estabelecida por meio de negociação coletiva com a entidade representativa da categoria profissional e, por fim, 5) se houver contrapartida que comprove a**

2 A jurisprudência majoritária entende que o art. 503, da CLT, além de não ter sido recepcionado pela CF, foi revogado pela Lei 4.923/65, legislação posterior que dispõe sobre as mesmas hipóteses.

redução salarial. (...) A jurisprudência desta Corte Superior tem entendimento no sentido de que **a redução salarial por meio de norma coletiva deve vir acompanhada de uma contraprestação para o empregado, sob pena de configurar-se mera renúncia a direito.** Precedentes. No caso, o referido plano que reduziu os salários foi implantado como parte de um programa que visava a recuperação financeira da empresa. A Constituição Federal, como já mencionado, admite a redução salarial condicionada à prévia negociação coletiva (art. 7º, VI, da Constituição Federal). Regulamentando-a, **a legislação infraconstitucional exige contrapartida específica para viabilizar essa redução: conjuntura econômica, devidamente comprovada, que afete a saúde financeira da empresa (Lei 4.923/1965) ou má situação financeira da empresa, independentemente da conjuntura econômica, que recomende a sua recuperação (Lei nº 11.101/2005), nos dois casos limitada a 25%, de forma transitória e mediante redução proporcional da jornada.** O art. 503 da CLT, que previa a redução dos salários em caso de força maior, sem contrapartida, foi revogado pela Lei nº 4.923/1965, porque posterior à sua edição, que para a mesma situação descrita exige a redução salarial, proporcional à redução da jornada (art. 2º). Verifica-se, portanto, que **a manutenção do emprego não é contrapartida exigida pela lei. A manutenção do emprego é a finalidade da lei,** obtível, no entanto, pelo expediente específico nele previsto, que é a redução proporcional da jornada, o que não ocorreu no presente caso, daí por que inválida, na forma como realizada. Recurso de revista conhecido por **violação do art. 7º, VI, da Constituição Federal** e provido. (TST. RR-1156-96.2011.5.04.0811. Relator: Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, 3ª Turma, DEJT 24/04/2015) (BRASIL,2015) .

Nesse sentido, para a redução salarial, instituída por norma coletiva, deve haver: 1) comprovada conjuntura econômica excepcional da empresa; 2) transitoriedade da medida; 3) respeito ao salário mínimo ou ao piso salarial da categoria; 4) instituição por norma coletiva; e 5) contraprestação correspondente (como exemplo a redução

da jornada de trabalho).

A contraprestação ao empregado, como a redução proporcional da jornada de trabalho, mantém intacto o salário-hora do trabalhador, preservando-se, em certa medida, a proteção ao salário prevista na Constituição Federal, objetivo da norma constitucional.

Porém, conforme consignado pela jurisprudência do C. TST, o requisito é (dentre outros) de que haja uma contraprestação correspondente à redução salarial, **não havendo a obrigatoriedade de essa contraprestação ser necessariamente a redução proporcional de jornada de trabalho**. O que se veda é, na verdade, a redução salarial sem nenhuma contraprestação ao empregado.

“A contraprestação ao empregado, como a redução proporcional da jornada de trabalho, mantém intacto o salário-hora do trabalhador, preservando-se, em certa medida, a proteção ao salário prevista na Constituição Federal, objetivo da norma constitucional.”

Além dos empregados que recebem sua remuneração conforme o critério da unidade de tempo (ou seja, conforme sua jornada de trabalho), há também aqueles que recebem salários por unidade de obra (ou seja, de acordo com sua produtividade)³. Essa última hipótese é adotada quando o empregador não tem controle da jornada de trabalho do empregado, sendo o labor remunerado em função da produtividade,

3 Em breve síntese, Maurício Godinho Delgado explica sobre as modalidades de salário em razão da prestação de serviços, classificando o **salário por unidade de tempo** como “aquele que se computa adotando-se como parâmetro a duração do serviço prestado”, o **salário por unidade de obra** como “aquele cujo cômputo adota como parâmetro a produção alcançada pelo empregado”, e o **salário-tarefa** como “aquele que se afere através de fórmula combinatória do critério da unidade de obra com o critério da unidade de tempo” (2019, p. 883 a 887).

como é o caso dos trabalhadores externos e dos teletrabalhadores. Nesses casos, a contraprestação pela redução salarial seria diversa da redução de jornada, de acordo com a modalidade remuneratória do trabalhador (reduzindo-se, por exemplo, a produtividade).

REDUÇÃO SALARIAL E O REGIME DE TELETRABALHO

O regime de teletrabalho é consequência do avanço tecnológico e da aplicação da tecnologia no trabalho. A tecnologia cria novas formas de prestação laboral a distância (como teletrabalho e *home-office*⁴), que eram estranhas ao tradicional sistema empregatício (DELGADO, 2019, p. 111).

Nesse contexto, houve a necessidade de se regulamentar o teletrabalho, que se torna cada vez mais presente. A Lei 13.467/17 (lei da reforma trabalhista) trouxe a regulamentação do teletrabalho para a CLT, acrescentando um capítulo específico sobre o tema, nos artigos 75-A e seguintes.

No art. 75-B da CLT há a definição de teletrabalho como “a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam

4 Apesar de muitas vezes serem utilizados como sinônimos, há uma diferenciação entre *home office* e teletrabalho. O *home office* é o trabalho realizado na casa do trabalhador, enquanto o teletrabalho é o trabalho realizado fora das dependências da empresa, em qualquer local, não necessariamente na casa do trabalhador (DELGADO, 2019, p. 1068.)

como trabalho externo”. Nesse sentido, por ser trabalho fora das dependências do empregador, é modalidade contratual que, **de regra, não comporta o controle de jornada**. Tal fato se confirma pelo art. 62 da CLT, trazido na Seção de Jornada de Trabalho, que elenca um rol de empregados não abrangidos pelo controle de jornada, **dentre eles os empregados em regime de teletrabalho**⁵.

Assim, em regra, **empregados sob regime de teletrabalho trabalham por produtividade e não estão sujeitos ao controle de jornada, sendo uma das consequências a ausência de pagamento de horas extras**. Nesta senda, o art. 75-C da CLT prevê que a modalidade de teletrabalho deve ser registrada por escrito no contrato de trabalho, especificando-se as atividades a serem realizadas pelo empregado (justamente por ser labor por produtividade).

É claro que, em razão do princípio da **primazia da realidade**, há entendimentos de que essa presunção é apenas relativa, de modo que, caso demonstrado pelo empregado que havia, efetivamente, o controle de jornada pelo empregador, incidem-se as regras gerais de duração do trabalho (DELGADO, 2019, p. 1.066).

Há ainda a doutrina minoritária que entende que a diferenciação pela CLT entre o teletrabalhador e o trabalhador externo se deu com a intenção de excluir de forma definitiva esses trabalhadores do controle de jornada, independente de prova em contrário (CASSAR, 2018, p. 669). Porém, o entendimento majoritário é no sentido de que o teletrabalho, como regra, não possui controle de jornada, sendo remunerado por produtividade; porém, caso comprovado o exercício de controle de jornada, enquadrar-se-á no capítulo de duração do trabalho da CLT.

Cumprе salientar que os §§1º e 2º do

5 Art. 62, III, da CLT. O inciso terceiro também foi trazido pela Lei 13.467/17, lei da reforma trabalhista.



artigo 75-C da CLT determinam que a alteração do regime presencial para o teletrabalho necessita de comum acordo entre as partes, enquanto a alteração do teletrabalho para o presencial pode ser por determinação do empregador, garantido o prazo de 15 dias para transição.

A exigência de comum acordo somente para a migração para o regime de teletrabalho decorre da grande controvérsia a respeito do teletrabalho e dos seus riscos à saúde do trabalhador. Apesar de trazer alguns benefícios ao obreiro, como a redução do tempo de deslocamento e a flexibilização de horários, tal modalidade pode gerar diversos riscos ergonômicos e acidentes de trabalho, uma vez que não há fiscalização direta do empregador. Além disso, o teletrabalho, principalmente na modalidade *home office*, pode gerar danos psicossociais ao trabalhador, uma vez que gera confusão entre o ambiente de trabalho e a vida pessoal (prejuízo ao “direito à desconexão”), gera isolamento social do trabalhador (que não tem contato com colegas de trabalho) e, de regra, também leva a um aumento expressivo da jornada de trabalho (em razão da gestão

autônoma do tempo)⁶ (OLIVEIRA JÚNIOR, 2013, p. 56).

Em razão da condição *sui generis* e delicada do teletrabalho, o legislador estabeleceu justamente que a mudança para o regime de teletrabalho deveria ocorrer por acordo entre as partes.

Tratando especificamente da possibilidade de redução salarial, como explanado anteriormente, o entendimento da jurisprudência (e a tendência legislativa) é no sentido de que para reduzir salários é necessária contraprestação correspondente ao trabalhador, essa que, como regra, é a redução proporcional da jornada de trabalho.

Como o teletrabalho, de regra, não está sujeito ao controle de jornada, a redução proporcional da jornada de trabalho não se presta como contraprestação para a redução salarial neste regime laboral, em razão da óbvia incompatibilidade dos institutos.

Apesar das exceções em que há a possibilidade de controle telemático da jornada laboral, a regra estampada no art. 62, III, da CLT traz a presunção, ainda que relativa, da ausência de controle, o que impede que se firme uma regra de redução salarial baseada em uma exceção do regime. Nesse sentido, torna-se difícil aplicar a regra geral de redução salarial por redução proporcional de jornada de trabalho ao regime de teletrabalho, uma vez que a expressiva maioria dos teletrabalhadores prestam labor sem controle de jornada, embasando sua remuneração

6 Segundo a pesquisa realizada com trabalhadores em home office pelo Centro de Inovação FGV-SP, 56% dos entrevistados afirmaram que encontram dificuldade para equilibrar as atividades profissionais e pessoais. Entre os entrevistados com 25 anos ou menos, o índice salta para 82,6%. O levantamento constatou ainda que para 45,8% houve aumento da carga de trabalho após o isolamento, enquanto 31% mantiveram a mesma carga e 23% dos respondentes afirmaram que diminuiriam (FGV, 2020). Veja também um compilado de pesquisas no mesmo sentido trazidas por Lazaretti, Rodrigues (2020).

na produtividade; tal entendimento iria de encontro ao ditame celetista.

Portanto, quando da redução salarial do teletrabalhador, além da ocorrência de norma coletiva e dos demais requisitos gerais já expostos, deve haver a contraprestação correspondente adequada, qual seja a **redução proporcional da sua produtividade**, uma vez que esse trabalhador recebe salário por unidade de obra e não possui controle de jornada. Ou seja, devem ser reduzidas as atribuições e tarefas do teletrabalhador a serem executadas, de modo a diminuir sua carga de trabalho mensal proporcionalmente à redução de seu salário.

A LEI 14.020/20 E O REGIME DE TELETRABALHO

É pública e notória a grave crise econômico-social que assola o país e o mundo nos tempos atuais gerada pela pandemia global do COVID-19. O contexto de pandemia levou o Congresso Nacional a decretar estado de calamidade pública por meio do Decreto Legislativo nº 6 de 2020.

Em tal contexto de crise, quarentena e isolamento social, as empresas precisaram se adaptar, de modo a modificar o ambiente laboral, realizar turnos de revezamento entre empregados, instituir o regime de teletrabalho (ou *home office*), dentre outras medidas.

Além disso, houve a necessidade de equilibrar gastos, em razão das dificuldades financeiras causadas pela pandemia, na tentativa de preservar o funcionamento das empresas e, ao mesmo tempo, buscar a manutenção dos empregos. O momento de instabilidade gerou ainda numerosas negociações coletivas, como forma de flexibilizar normas trabalhistas.

Diante desse cenário, foram

implementadas medidas legislativas objetivando a contenção da crise econômica e social instaurada. Nesse sentido, foram publicadas a MP 927/20, que flexibilizava, dentre outros, a instituição do regime de teletrabalho, tendo caducado em 19.07.2020, e a MP 936/20, que foi convertida na Lei 14.020/20 e criou o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda. Essas medidas objetivam a manutenção dos empregos e são aplicáveis apenas durante o estado de calamidade declarado.

Assim, duas importantes medidas trabalhistas amplamente adotadas durante o estado de calamidade são o **teletrabalho** e a **redução salarial**, como forma de manutenção dos empregos e do funcionamento das empresas. Porém, essas duas medidas podem ser cumuladas? Pode haver redução

proposto, dentre elas a redução proporcional de jornada de trabalho e de salários e o pagamento de Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda⁸. Em suma, a Lei propõe a redução de salários e, em contrapartida, estabelece o pagamento de Benefício Emergencial (de prestação mensal)^{9,10} ao empregado, que será custeado pela União¹¹ e regulamentado pelo Ministério da Economia.

A Lei prevê a redução proporcional da jornada de trabalho e de salário dos empregados por até 90 (noventa) dias¹², prorrogáveis por ato do Poder Executivo¹³, preservando-se o salário-hora de trabalho¹⁴, que poderá ser pactuado por meio de acordo individual ou negociação coletiva, hipóteses com requisitos diversos.

“Assim, duas importantes medidas trabalhistas amplamente adotadas durante o estado de calamidade são o teletrabalho e a redução salarial, como forma de manutenção dos empregos e do funcionamento das empresas.”

de salário do teletrabalhador?⁷ É o que se passa a analisar.

Como mencionado, no contexto da pandemia foi publicada a Medida Provisória nº 936/20, convertida na Lei 14.020/20 em 07.07.2020, que instituiu o Programa Emergencial do Emprego e da Renda e dispôs sobre medidas trabalhistas para enfrentamento da crise mundial decorrente da pandemia do COVID-19.

Com o objetivo de preservação do emprego e da renda, em seu art. 3º, a Lei estabelece as medidas do Programa

7 Trata-se de referência à redução do salário-base do empregado e não à supressão de verbas como vale-transporte quando da migração para o teletrabalho, pois tal supressão tem outra origem.

8 Há previsão também de suspensão de contratos de trabalho, sujeita ao pagamento do mesmo benefício do governo.

9 A concessão do Benefício é regulamentada pelos arts. 5º e 9º da Lei 14.020/20.

10 Também há outras vantagens concedidas ao empregado em razão da redução salarial, como a estabilidade provisória (art. 10, da Lei 14.020/20), concedida a todos os empregados que receberem o Benefício Emergencial.

11 Nos termos do art. 6º, da Lei 14.020/20, o Benefício Emergencial terá como base de cálculo o valor mensal do seguro-desemprego a que o empregado teria direito. No caso da redução de salários, incidirá sobre a base de cálculo do percentual da redução.

12 Art. 7º, caput, Lei 14.020/20.

13 Por meio do Decreto 10.470, de 24 de agosto de 2020, o Poder Executivo prorrogou o prazo máximo para redução de salário e jornada e suspensão dos contratos de trabalho, ambos de modo a completar 180 dias, limitados à duração do estado de calamidade declarado.

14 Art. 7º, I, Lei 14.020/20.

A redução salarial prevista na Lei 14.020/20 está de acordo com *quase* todos os parâmetros propostos pela jurisprudência do C. TST, de forma que prevê a excepcionalidade da medida (a situação de calamidade pública e emergência de saúde), a contraprestação equivalente (por meio da redução proporcional da jornada¹⁵) e a transitoriedade da medida (que somente poderia ser adotada por até 90 dias¹⁶)¹⁷.

Especificamente quanto à necessidade de instituição por norma coletiva para redução salarial, que possui previsão constitucional expressa (art. 7º, VI, CF), a Lei 14.020/20 vai no sentido contrário, prevendo a possibilidade de redução salarial por **acordo individual**, desde que cumpridos requisitos específicos (como respeito a faixa salarial específica, redução em percentuais pré-determinados, envio da proposta com dois dias de antecedência e comunicação ao sindicato da categoria)¹⁸.

Destaca-se que há a previsão de redução de salários pelos dois meios, acordo individual e coletivo, sendo que, no caso do acordo individual, há uma série de requisitos específicos a mais a serem observados para tanto.

A discussão a respeito da constitucionalidade dessa redução salarial por acordo individual foi levada ao Supremo

Tribunal Federal por meio da ADI 6.363, que debatia a inconstitucionalidade da MP 936/20, em alegada ofensa ao art. 7º, VI, da CF. Na ocasião, no julgamento da medida cautelar, o Tribunal Pleno do C. STF entendeu que a MP 936/20 não é inconstitucional, sendo permitida, nesse contexto, a redução salarial por acordo individual, por interpretação teleológica com os arts. 1º, III, IV, 3º, II e III e 6º da CF, devendo se observar o real objetivo da medida, qual seja a manutenção dos empregos no momento de pandemia.

Portanto, a Suprema Corte Constitucional já se manifestou a respeito da constitucionalidade da redução proporcional de salário e jornada por meio de acordo individual, instituída pelo Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda (atual Lei 14.020/20), a despeito da previsão do art. 7º, VI, da CF.

Superada a discussão sobre a constitucionalidade da redução salarial por acordo individual prevista na Lei 14.020/20, passa-se ao debate a respeito da aplicabilidade da redução salarial por ela regulamentada aos empregados em regime de teletrabalho.

Como já explanado, o regime de teletrabalho não comporta o controle de jornada, nos termos do art. 62, III, da CLT. Portanto, não é possível a redução salarial do teletrabalhador por meio da contraprestação da redução proporcional de jornada, dada a incompatibilidade dos institutos.

Nesse sentido, a Lei 14.020/20 prevê expressamente, em seu art. 7º, a possibilidade de **redução proporcional de jornada de trabalho e de salários**, ou seja, **para a redução salarial (por acordo individual ou coletivo) seria necessária a contraprestação correspondente específica da redução proporcional de jornada**. Tratando dos dois institutos sempre de forma conjunta ao longo de seus artigos, a referida Lei é restritiva quanto à contraprestação a ser concedida ao empregado pela redução

15 Equivocado entender que o recebimento do Benefício Emergencial pelo empregado seria a contraprestação equivalente da redução salarial, pois este benefício é pago pela União e não pelo empregador, além de ter como base de cálculo o seguro-desemprego e não o salário do empregado (o que não garante a restituição integral da remuneração).

16 Com os Decretos 10.422/20 e 10.470/20, passa a ser prorrogável por mais 90 dias, totalizando 180 dias.

17 Não há previsão expressa na Lei de observância do salário-mínimo, contudo o respeito ao salário-mínimo é previsão constitucional que deve ser observada pela legislação infraconstitucional, independente de previsão específica.

18 As regras para redução por acordo individual (além das gerais do art. 7º da Lei) constam no art. 12 da Lei 14.020/20.

salarial e, aparentemente, não abre margem para interpretações extensivas quanto a contraprestação diversa.

Portanto, como a possibilidade de redução salarial regulada pela Lei 14.020/20 se daria necessariamente mediante redução proporcional de jornada, tal medida de proteção ao emprego, com todas as suas especificidades, não seria aplicável ao regime de teletrabalho, que não possui controle de jornada¹⁹.

Tal premissa se confirma também pelo fato de que a Lei 14.020/20 somente faz menção ao regime de teletrabalho quando trata da suspensão dos contratos de trabalho²⁰, não havendo nenhuma referência específica à redução salarial dos teletrabalhadores²¹.

Desse modo, à primeira vista, a Lei 14.020/20 não teve a intenção de regulamentar a redução salarial para os casos específicos de teletrabalho, mas somente com relação aos empregados que trabalham por unidade de tempo e com controle de jornada, **razão pela qual a redução salarial, nos moldes do regulado pela referida Lei, é inaplicável**

aos teletrabalhadores²².

Importante lembrar que a redução salarial é permitida pela Constituição Federal desde 1988, independentemente da existência da Lei 14.020/20, contanto que por meio de norma coletiva. Assim, a Constituição Federal não prevê contraprestação específica para a redução salarial, sendo possível a redução de salário dos teletrabalhadores, desde que por norma coletiva, acompanhada da contraprestação da redução proporcional da produtividade.

Dessa forma, ainda que a redução salarial no regime de teletrabalho não possa ser feita com respaldo na Lei 14.020/20, **essa pode ser realizada por meio de norma coletiva, com respaldo na Constituição Federal**, acompanhada da redução da produtividade e dos demais requisitos determinados pela jurisprudência (já explanados).

Nesse sentido, com a inaplicabilidade da redução salarial prevista pela Lei 14.020/20, a principal consequência é a **impossibilidade de redução salarial dos teletrabalhadores por meio de acordo individual²³**, qualquer que seja o patamar salarial, pois essa possibilidade somente é prevista pela inovadora Lei citada. Assim, para a redução salarial desses teletrabalhadores, deve haver previsão em

19 Cumpre destacar que a inaplicabilidade da redução de salários prevista pela Lei 14.020/20 ao teletrabalho não tem o condão de esvaziar a legislação, uma vez que, mesmo diante das medidas de quarentena e isolamento social, muitas atividades continuam funcionando de forma presencial por todo o país.

20 Art. 8º, § 4º, Lei 14.020/20: “Se, durante o período de suspensão temporária do contrato de trabalho, o empregado mantiver as atividades de trabalho, ainda que parcialmente, por meio de teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância, ficará descaracterizada a suspensão temporária do contrato de trabalho(...)”.

21 Ressalta-se que a ausência de regulamentação expressa do regime de teletrabalho (repleto de especificidades) no programa emergencial vem desde a MP 936/20, que, ao ser convertida na Lei 14.020/20, não teve tal omissão sanada, deixando o tema em aberto, **a despeito de a Lei regulamentar outros regimes de trabalho específicos, como o trabalho intermitente.**

22 Destaca-se que a inaplicabilidade da Lei 14.020/20 ao teletrabalho restringe-se à redução salarial, sendo que a suspensão do contrato de trabalho, como não demanda redução de jornada nem possui condições específicas características desse controle, é perfeitamente aplicável aos teletrabalhadores.

23 Além da impossibilidade de redução salarial por acordo individual, a inaplicabilidade da Lei 14.020/20 tornaria desnecessária a observância de seus requisitos quando da redução salarial embasada na CF/88, como, por exemplo, o prazo e a forma de redução, uma vez que a CF/88 não prevê nenhuma particularidade a não ser a existência de norma coletiva.



norma coletiva, com base na CF/88²⁴.

A PORTARIA 10.486/20 DO MINISTÉRIO DA ECONOMIA

Dito tudo isso, passa-se a uma breve análise sobre a Portaria nº 10.486/20 do Ministério da Economia, de 22 de abril de 2020, que edita normas relativas ao processamento e pagamento do Benefício Emergencial. A competência do Ministério da Economia para dispor sobre a forma de concessão do benefício está prevista no art. 5º, §4º, II, da Lei 14.020/20.

A referida Portaria disciplinou, no seu art. 4º, §3º, I, a possibilidade de pagamento do Benefício Emergencial a empregados não sujeitos ao controle de jornada:

Art. 4º O bem não será devido ao empregado com redução proporcional de jornada e de salário ou suspensão do contrato de trabalho

24 Como consequência prática, caso haja a redução salarial do teletrabalhador por acordo individual, ele poderia recorrer ao judiciário para contestá-la, podendo o empregador ser condenado em diferenças salariais.

que:

§ 3º O BEm não será devido caso verificada a manutenção do mesmo nível de exigência de produtividade ou de efetivo desempenho do trabalho existente durante a prestação de serviço em período anterior à redução proporcional de jornada de trabalho e de salário para os seguintes trabalhadores:

I - os empregados não sujeitos a controle de jornada;

Com a previsão de que o benefício não seria concedido aos empregados sem controle de jornada **apenas quando não fosse reduzida a produtividade exigida**, a Portaria acabou por estabelecer implicitamente a **possibilidade de concessão do Benefício Emergencial aos empregados que não possuam controle de jornada, desde que se reduzida proporcionalmente sua produtividade, como é o caso dos teletrabalhadores.**

A Portaria, conforme a previsão legal, somente tem o condão de estabelecer as possibilidades de concessão do Benefício Emergencial, não dispondo especificamente sobre a aplicabilidade dos dispositivos da Lei 14.020/20 aos contratos de trabalho, até porque não é essa a competência ministerial.

Porém, o art. 4º, §3º, I, da Portaria 10.486/20 deixa o questionamento se tal disposição teria, por consequência, ampliado as possibilidades de redução salarial previstas na Lei 14.020/20, abarcando os empregados sem controle de jornada e estabelecendo que, nesses casos, a contraprestação seria a redução da produtividade (possibilidade não prevista pela Lei).

Ocorre que tal interpretação vai de encontro aos limites das Portarias Ministeriais, que **se restringem a regulamentar a legislação posta**, não se prestando para revogar ou criar direitos:

A portaria não pode criar direitos novos ou obrigações novas, não estabelecidos no texto básico; não pode ordenar ou proibir o que o texto fundamental ordena, ou não proíbe; não pode facultar, ou proibir diversamente do que o texto básico estabelece.

Portaria ministerial não integra o processo legislativo disciplinado pela Constituição. Trata-se de ato normativo interno destinado a ordenar os serviços executados por servidores de determinado estabelecimento ou repartição. Não atribui direitos, nem impõe obrigações e penalidades a terceiros. (ROMANO, 2020)

Nesse sentido, a Portaria nº 10.486/20 do Ministério da Economia não poderia ampliar o rol dos trabalhadores abrangidos pela redução salarial da Lei 14.020/20, tampouco criar nova possibilidade de contraprestação, por produtividade, pois extrapolar-se-iam as competências da Portaria (bem como os limites da Lei), o que não se permite.

A própria previsão em Portaria Ministerial, para a concessão do benefício aos empregados não sujeitos a controle de jornada, extrapola as previsões da Lei 14.020/20, bem como a competência do Ministério da Economia²⁵; e de modo algum tal previsão pode ser considerada como ampliação do rol legal para redução salarial prevista na Lei citada.

Nesse sentido, ainda que se considere que, na prática, a Portaria 10.486/20 teria “solucionado” o problema de acesso ao benefício dos teletrabalhadores, sua legalidade é discutível, além de demandar atenção quanto à falsa impressão de aplicabilidade da Lei 14.020/20, ou seja, de possibilidade de redução salarial desses trabalhadores por acordo individual, o que, como visto, não é possível.

25 Além disso, a Portaria acaba por destinar e comprometer orçamento da União sem a previsão de Lei específica, o que não é permitido.

A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO EMERGENCIAL E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Diante de todo o ora esposado, e considerando a inaplicabilidade da redução salarial regulamentada na Lei 14.020/20 ao teletrabalhador (a despeito da previsão da Portaria 10.486/20), é importante analisar um ponto sensível em todo esse debate, qual seja a concessão do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda a esses teletrabalhadores.

Tendo em vista a inaplicabilidade da redução salarial regulada pela Lei 14.020/20 aos teletrabalhadores, caso estes sofressem redução salarial por meio de norma coletiva (com base na previsão constitucional) durante o contexto de pandemia, não teriam acesso ao Benefício Emergencial regulamentado pela mesma Lei.

Tal fato se dá em razão do art. 5º da Lei 14.020/20, no qual há a previsão de que o Benefício Emergencial será pago na hipótese de “**redução proporcional de jornada de trabalho e salário**”²⁶, o que exclui, mais uma vez, os trabalhadores sem controle de jornada. Portanto, não só seria inaplicável a redução salarial nos termos da lei, mas também a concessão do benefício emergencial.

Seria tal situação isonômica? Poderiam, por exemplo, dois trabalhadores, contratados pelo mesmo empregador, sob o mesmo regime celetista, que tiveram sua redução salarial fundada no mesmo contexto de crise global, um ter acesso ao auxílio financeiro do governo e outro não? E mais, estaria cumprido o real objetivo do Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda?

Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que o preceito magno da igualdade

26 Além, é claro, da hipótese de suspensão temporária do contrato de trabalho.

é voltado tanto para o aplicador da lei quanto para o próprio legislador. Segundo o doutrinador, é sim permitido à lei estabelecer discriminações de indivíduos, mas **as discriminações somente são compatíveis com a igualdade quando existe uma correlação lógica entre o fator diferencial escolhido e a desigualdade de tratamento em função dele conferida**, além de precisar ser compatível com os valores constitucionais (MELLO, 2000, p. 9).

Assim, ofende a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra legal não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão de um benefício deferido (MELLO, 2000, p. 38). Portanto, deve haver alguma premissa lógica que justifique tal discriminação, sob pena de ofensa ao princípio da igualdade, que tem o objetivo de vedar desigualdades fortuitas ou injustificadas (MELLO, 2000, p. 18):

Em síntese: a lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada. (MELLO, 2000, p. 39)

É inegável que existem diferenças entre o regime de teletrabalho, com controle de produtividade, e o regime presencial, com controle de jornada, sendo um por unidade de obra e outro por unidade de tempo.

Como já delineado, o teletrabalho possui especificidades, como a dificuldade de se estabelecer a força de trabalho despendida em cada tarefa (o que acaba aumentando a carga de trabalho semanal), a falta de fiscalização constante quanto a acidentes laborais (o que pode gerar inclusive riscos ergonômicos) e a ausência

de direito ao desligamento (que, em certos casos, pode gerar até mesmo dano existencial ao trabalhador).

Portanto, o teletrabalho é um regime peculiar e delicado, razão pela qual **se justifica a redução salarial somente por norma coletiva (com a proporcional redução da produtividade), sendo vedada a redução por acordo individual (ou seja, justificada a exclusão desses trabalhadores da aplicabilidade da redução salarial prevista pela Lei 14.020/20).**

Porém, **não há pertinência lógica de discriminação com relação à concessão do Benefício Emergencial estabelecido pela referida Lei**, que foi regulamentado justamente em auxílio aos empregados afetados pela crise decorrente da pandemia do COVID-19. Não há uma diferenciação entre os regimes de teletrabalho e presencial que justifique a não concessão do benefício quando o teletrabalhador também sofre redução salarial (no mesmo contexto e nos mesmos moldes do trabalhador presencial).

O simples fato de a redução salarial ser proporcional à redução da produtividade não justifica a ausência de benefício e, portanto, tal discriminação é incompatível com o princípio da isonomia constitucionalmente protegido. **Além disso, o simples gozo do benefício não possui nenhuma incompatibilidade com o regime de teletrabalho.**

As discriminações legais somente se justificam na medida das desigualdades dos regimes, o que não ocorre no caso da não concessão do Benefício Emergencial ao teletrabalhador.

Pode-se dizer inclusive que o art. 5º da Lei 14.020/20 seria inconstitucional, uma vez que, ao vincular a concessão do benefício emergencial necessariamente à redução de jornada, exclui injustificadamente o benefício aos trabalhadores ausentes de

controle de jornada, em discriminação ilógica²⁷.

Nesse sentido, a despeito de o teletrabalhador (e demais trabalhadores sem controle de jornada) não poder sofrer redução salarial por acordo individual (pois foi excluído nesse aspecto da redação da Lei 14.020/20), em aplicação do princípio da isonomia, ele deve ter direito ao recebimento do Benefício Emergencial em caso de redução salarial por norma coletiva²⁸, uma vez que tal discriminação legal não se justifica nesse último aspecto²⁹.

Nesse caso, a concessão do Benefício Emergencial deve seguir as previsões da Lei 14.020/20, que o regulamenta, levando em conta os percentuais (art. 11, §2º, Lei 14.020/20) e o prazo de pagamento do Benefício, em respeito também à igualdade.

Como o próprio Ministério da Economia já editou Portaria no sentido de concessão do Benefício Emergencial aos teletrabalhadores, provavelmente estes trabalhadores não terão dificuldades de percepção do Benefício na prática (apesar de a legalidade da Portaria nº 10.486/20 ser discutível em tal aspecto).

Porém, caso tivessem alguma

27 Cumpre salientar que a análise de constitucionalidade da Lei 14.020/20 (à época MP 936/20) realizada pelo STF se limitou ao seu art. 11, que se refere à possibilidade de redução salarial por acordo individual, não tendo a Suprema Corte analisado o tema sob o aspecto dos trabalhadores abarcados pelo benefício emergencial.

28 O ideal seria que a Lei 14.020/20 tivesse previsão específica de redução salarial dos teletrabalhadores, porém, em razão de tal omissão e considerando o objetivo geral da Lei, tal vício deve ser sanado pela aplicabilidade do princípio da isonomia.

29 No mesmo sentido, apesar de não ser o foco principal do presente artigo, o princípio da igualdade também se aplica com relação à estabilidade provisória prevista no art. 10 da Lei 14.020/20, que também deve ser garantida aos teletrabalhadores em razão da redução salarial e do gozo do Benefício Emergencial.

dificuldade em razão da redação excludente da Lei 14.020/20, pela aplicação do princípio da isonomia e sendo injustificada a discriminação na concessão do Benefício, os teletrabalhadores poderiam recorrer ao Poder Judiciário, para serem autorizados a receber o Benefício Emergencial, do mesmo modo que os trabalhadores presenciais (podendo ser declarada a inconstitucionalidade do art. 5º da referida Lei por controle difuso, ser realizada uma interpretação conforme a Constituição Federal ou apenas ser realizada interpretação extensiva da própria Lei).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a evolução tecnológica, evoluem também as formas de prestação de serviços, tornando-se necessárias a análise e a adaptação do ordenamento considerando-se as diversas formas de trabalho da atualidade.

Perpassando pela possibilidade de redução salarial, prevista no art. 7º, VI, da Constituição Federal, bem como pela previsão específica da Lei 14.020/20, legislação emergencial que prevê medidas para manutenção do emprego (com a redução de salários, a suspensão do contrato de trabalho e a concessão do benefício emergencial), constituiu-se o debate a respeito da possibilidade de redução de salários no regime de teletrabalho, especialmente em meio à pandemia do COVID-19.

Destaca-se que, em especial no momento de crise gerado pela pandemia, é preciso uma análise sobre a legislação emergencial, de modo a considerar as mais variadas modalidades laborais, dentre elas, o teletrabalho, muito presente nesse período. Nesse sentido, analisou-se a aplicabilidade da Lei 14.020/20 ao teletrabalho, no tocante à redução de salários.

Após avaliação por meio de análise Constitucional e doutrinária, conclui-se

que a Lei 14.020/20, que regulamenta o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, é inaplicável aos teletrabalhadores **no tocante à redução de salários**. Isso porque a Lei em referência condiciona a redução salarial à redução proporcional de jornada, o que não se aplica aos teletrabalhadores, pois estes não possuem controle de jornada.

A principal consequência da inaplicabilidade da redução salarial prevista pela Lei 14.020/20 é a **impossibilidade de redução por acordo individual**, hipótese inovadora prevista por esta legislação, uma vez que a CF/88 prevê apenas a possibilidade por negociação coletiva.

Nesse sentido, infere-se que, no caso dos teletrabalhadores, a necessidade de redução salarial em meio à crise deveria ser suprida pela previsão constitucional do art. 7º, VI, por meio de norma coletiva da categoria e com redução proporcional da produtividade (levando-se em conta, ainda, demais requisitos demonstrados pela jurisprudência do TST).

Porém, a inaplicabilidade da redução salarial da Lei 14.020/20 aos teletrabalhadores gera, ainda, o problema da ausência de concessão do benefício emergencial a estes. Assim, feita uma análise constitucional e teleológica da Lei em referência, conclui-se que, ainda que inaplicável a redução salarial prevista na Lei 14.020/20 ao teletrabalhador, caso seu salário venha a ser reduzido por meio de **norma coletiva** em razão da pandemia, esse deve ter direito ao benefício emergencial regulamentado, em razão do princípio da isonomia.

Saliente-se que as conclusões do presente artigo se aplicam para qualquer situação de crise na qual a legislação emergencial seja omissa com relação a uma categoria de trabalhadores, devendo ser avaliada a compatibilidade da Lei com

as particularidades dos diferentes regimes, bem como aplicado o princípio da isonomia.

Importante dizer, por fim, que é fundamental que, especialmente em períodos de crise, o legislador se atente para abarcar a maior parte das categorias de trabalhadores, com regras específicas, para evitar desigualdades e debates posteriores sobre a aplicabilidade da lei.

Referências

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 19 nov. 2020.

BRASIL. Decreto Lei n. 5.452 de 01 de maio 1943. Institui a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**: Rio de Janeiro, 8 ago.1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm Acesso em: 19 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RECURSO DE REVISTA: RR-1156-96.2011.5.04.0811. Relator: Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, 3ª Turma, DEJT24/04/2015. **Pesquisa de Jurisprudência TST**. 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/um/5274791aabe89fd05e2d1d609734188f>. Acesso em: 04 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria Especial de Previdência e Trabalho **Portaria n. 10.486, de 22 de abril de 2020**. Edita normas relativas ao processamento e pagamento do Benefício Emergencial de que trata a Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020. (Processo nº 19964.103985/2020-16). Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-10.486-de-22-de-abril-de-2020-253754485> Acesso em: 03 abr.2020.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho de acordo com a reforma trabalhista**. São Paulo: Método, 2018.

em: <https://jus.com.br/artigos/80264/portarias-e-seus-limites>. Acesso em: 03 maio 2020.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Centro de Inovação (FGVin) da Escola de Administração de Empresas de São Paulo. **56% dos brasileiros têm dificuldade de equilibrar atividades profissionais e pessoais no isolamento social**. São Paulo, FGV EAESP. maio 2020. Disponível em: <https://portal.fgv.br/noticias/56-brasileiros-tem-dificuldade-equilibrar-atividades-profissionais-e-pessoais-isolamento> Acesso em: 03 set. 2020.

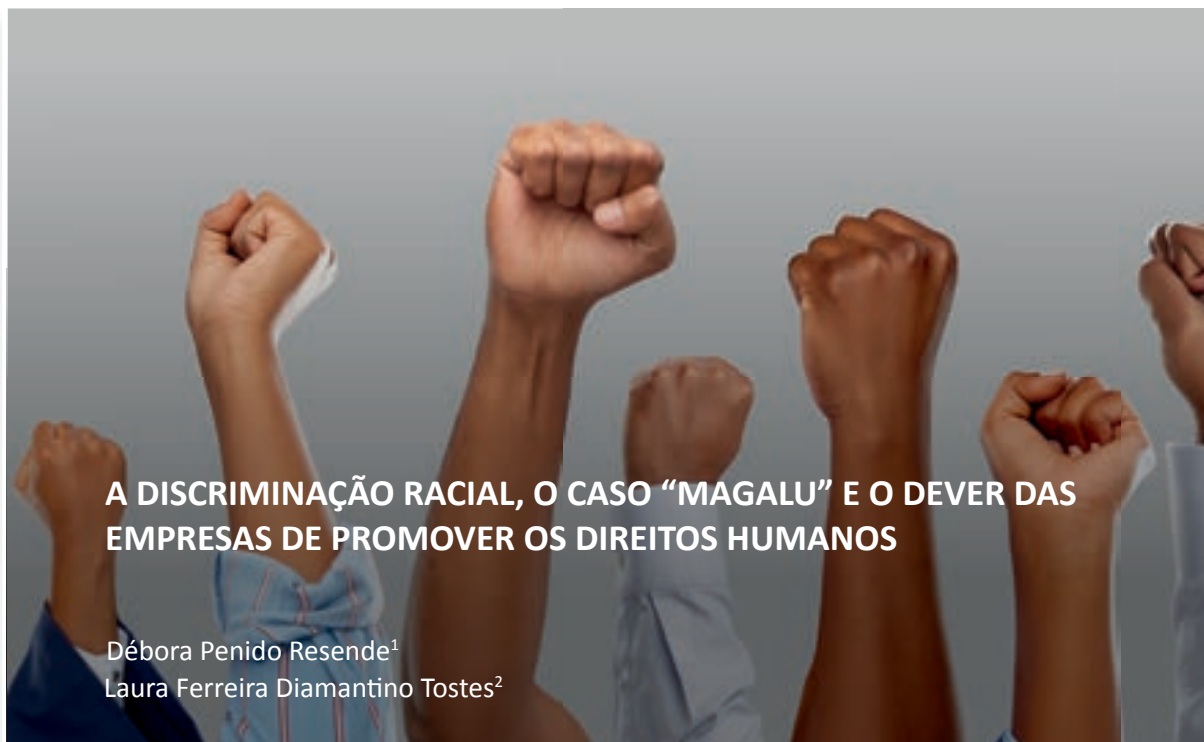
DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr. 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros Editores. 2000.

OLIVEIRA JÚNIOR, Jessé de Souza. **Teletrabalho: vantagens e desvantagens para indivíduos, organizações e sociedade**. 2013. 56 p. Trabalho de conclusão de curso (MBA Gestão Estratégica a Distância). Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade de Ribeirão Preto. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: https://social.stoa.usp.br/articles/0028/9731/Oliveira_Jr_-_Teletrabalho_-_TCC_-_MBA_USP_GE_T1-2011.pdf Acesso em: 29 ago. 2020.

LAZARETTI, Bruno. RODRIGUES, Diogo Antônio. Alta produtividade no home office afeta tempo livre dos trabalhadores. **Uol Economia**, São Paulo, 22 ago. 2020. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/08/22/alta-produtividade-no-home-office-afeta-tempo-livre-dos-trabalhadores.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 19 nov. 2020.

ROMANO, Rogério Tadeu. Portarias e seus limites. **JusBrasil**. mar. 2020. Disponível



A DISCRIMINAÇÃO RACIAL, O CASO “MAGALU” E O DEVER DAS EMPRESAS DE PROMOVER OS DIREITOS HUMANOS

Débora Penido Resende¹

Laura Ferreira Diamantino Tostes²

Resumo

O presente artigo tem por objetivo analisar a discriminação racial, à luz das normas da Constituição da República e dos tratados e convenções internacionais que estabelecem o direito à igualdade formal, material e como reconhecimento. A partir de um recorte histórico brasileiro, pós período de escravidão formalizada, será tratada a questão do racismo estrutural e institucional, como fator impeditivo do amplo e efetivo acesso aos espaços de poder no mercado de trabalho. Além disso, o texto aborda a responsabilidade empresarial de promover

1 Pós-Graduanda em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Membro da Oficina de Estudos sobre a Reforma Trabalhista (OEART). Advogada (deborap.resende@hotmail.com).

2 Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia pela Universidade Fumec. Professora de Prática Trabalhista e Direito Material do Trabalho dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito do Trabalho da Faculdade de Direito Milton Campos. Professora de Direito Material do Trabalho do curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito do Trabalho da ESA/OAB/MG e do CEDIN. Co-coordenadora da Oficina de Estudos sobre a Reforma Trabalhista (OEART). Atualmente ocupa o cargo de Assessora de Desembargadora no Tribunal do Trabalho da 3ª Região (laurafdt@trt3.jus.br).

os direitos humanos, contextualizando-os com o caso “Magalu”. O tema será abordado a partir da utilização do método de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Igualdade. Discriminação. Racismo estrutural. Direitos humanos.

DISCRIMINAÇÃO E IGUALDADE

A Constituição de 1988 instituiu a República Federativa como Estado Democrático de Direito, sob os fundamentos da soberania, cidadania, dignidade humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político (artigo 1º, incisos I a V).

O Estado Democrático de Direito, que se constrói no paradigma do constitucionalismo humanista e social contemporâneo, tem como tripé conceitual: a pessoa; a sociedade política; e a sociedade civil, estas últimas concebidas como democráticas e inclusivas para garantir a centralidade da pessoa e da sua dignidade. Nessa perspectiva, o direito é instrumento civilizatório, que deve viabilizar acesso aos bens materiais e imateriais necessários para a constitucionalização substancial e efetivação da dignidade humana.

O Supremo Tribunal Federal, em precedente de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento da ADC 41, em 08/06/2017, ao analisar a constitucionalidade das cotas raciais em concursos públicos, definiu que a igualdade deve ser efetivada em tripla dimensão: igualdade formal, igualdade material e igualdade como reconhecimento.

A norma da igualdade formal está prevista na Constituição da República (CR), explicitamente, no artigo 5º, *caput*, sendo **todos iguais perante a lei**. Por sua vez, a igualdade sob o viés redistributivo, advém dos objetivos da República Federativa Brasileira, com destaque para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, além da erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais (artigo 3º, incisos I e III, da CR). Já a igualdade como reconhecimento repousa sobre os objetivos fundamentais de promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, IV, da CR) (BRASIL, 2017)

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22/11/1969, ratificada pelo Brasil em 1992, e que possui status de norma supralegal em nosso ordenamento jurídico, impõe aos Estados a obrigação de respeitar os direitos e as liberdades de todos os seres humanos e o dever de garantir o livre e pleno exercício a toda pessoa sujeita à sua jurisdição, sem qualquer tipo de discriminação, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento.

Expressamente, o Pacto de São José da Costa Rica, dispõe sobre o dever dos Estados de adotar medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos os direitos e as liberdades. E, no artigo 24, estabelece que “todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei”. (BRASIL, 1992)

A igualdade deve ser tida e aplicada

não somente em sua face que repele atos discriminatórios negativos, mas principalmente vertendo-se para o conceito positivo que, de fato, garante a efetividade normativa, na forma ensinada por Aristóteles, em sua obra *Ética e Nicômaco*: “Tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que eles desigualem” (ARISTÓTELES, 2007).

O conceito positivo da norma da igualdade revela-se na expressão, segundo defendido por Lutiana Nacur Lorentz (2016, p. 57), igualdade por meio da lei, na forma da citação a seguir transcrita:

[...] a norma igualdade pode e deve ser lida atualmente por meio da expressão “igualdade por meio da lei”, implicando a possibilidade de criação na dimensão do direito material, por meio de regras e princípios, de tratamentos diferenciados para pessoas ou grupos que apresentam desigualdades reais em relação ao resto da sociedade, para que assim, ao final, todos possam ter uma igualdade real. Porém, para esta autora, esse tratamento diferenciado têm de ter proêmio constitucional.

À expressão “igualdade por meio da lei” acrescenta-se uma outra: igualdade por meio da lei legitimamente construída por seus destinatários, porque, na visão desta autora, o real Estado Democrático de Direito deve sempre aliar legalidade à legitimidade na construção de suas opções jurídico-legislativas, a fim de que o povo, em sentido formal e substancial, possa da formação do devido processo legislativo, já que esse povo é o destinatário final de todas estas normas.

A igualdade, cuja fonte normativa repousa na Constituição da República, deve nortear a atuação do legislador em seu papel de elaboração e criação das leis, atendo-se a legalidade da norma construída à legitimidade do processo legislativo, o que depende da participação popular. Norma imposta não atende aos anseios democráticos e pode revelar-se não efetiva, frustrando-se o seu objetivo de concretização no plano fático.

A igualdade compreendida em uma perspectiva formal, típica das Revoluções Burguesas, tem por objetivo a abolição de privilégios, com vistas ao tratamento igualitário entre todas as pessoas. No entanto, avançando-se para a ótica trazida pelo Estado Social, impõe-se efetivar a igualdade material, implementando-se medidas e políticas públicas voltadas para a redução das desigualdades.

A garantia de igualdade tem estreita relação com o princípio da não discriminação, expresso na Constituição da República de 1988 (art. 3º, IV; art. 7º, XXX, XXXI e XXXII, da CR/88). Bernardo Gonçalves Fernandes (2020, p. 545), ao tratar da igualdade no constitucionalismo contemporâneo, traça notas distintivas entre discriminação e diferenciação:

Desta feita, a preocupação do constitucionalismo contemporâneo no tocante

verdadeira inclusão social. O fundamento e os fins perseguidos pela diferenciação devem ser legítimos e em consonância com o arcabouço constitucional.

Considerando que o presente artigo tem por objetivo tratar da discriminação em razão da raça, destaca-se, ainda, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da ONU, de 1966 (ratificada pelo Brasil em 1967), que a define como qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, o gozo, ou o exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político, econômico, social ou cultural ou em qualquer outro domínio da vida.

A dignidade humana somente se efetiva

“A dignidade humana somente se efetiva em contexto de igualdade substancial e de justiça social, dos quais decorrem direitos e garantias reconhecidas como fundamentais e resguardadas como cláusulas pétreas (art. 60, IV, da CR/88), objetivando-se a inserção social e a construção de uma sociedade mais justa e equilibrada.”

ao princípio da igualdade tem sido de diferenciar discriminação (ou discriminação arbitrária e absurda) e diferenciação (que para alguns pode ser intitulada de discriminação adequada e razoável). Enquanto as diferenciações (ou discriminações lícitas, não absurdas) se mostram como mecanismos necessários à proteção das minorias, excluídas da condição de participação na tomada de decisões institucionais (igualdade procedimental), as discriminações (ilícitas) são elementos arbitrários e, por isso mesmo, lesivos à própria igualdade.

A diferenciação entre as pessoas, considerando as desigualdades advindas de situações históricas, justifica a adoção de ações afirmativas, direcionadas para determinados grupos, que tenham por objetivo final emprestar concretude à igualdade material, garantindo-lhes

em contexto de igualdade substancial e de justiça social, dos quais decorrem direitos e garantias reconhecidas como fundamentais e resguardadas como cláusulas pétreas (art. 60, IV, da CR/88), objetivando-se a inserção social e a construção de uma sociedade mais justa e equilibrada.

RECORTE HISTÓRICO DE UMA SOCIEDADE RACISTA

Passados mais de um século da abolição da escravidão no Brasil, a revolução política deflagrada e iniciada em 1888 ainda não se completou, imperando diferentes formas de discriminação racial, velada ou ostensiva, que afetam mais da metade da população brasileira, majoritariamente constituída de pretos e pardos, que são privados do exercício da cidadania em sua plenitude. Isso porque, ao se fazer um resgate histórico, verifica-se a imensa mora a ser purgada

com toda a população anteriormente escravizada por critérios unicamente raciais.

No julgamento da ADC 41, o Relator, Ministro Roberto Barroso, ao tratar do racismo estrutural, procedeu ao seguinte resgate histórico:

Esse sistema é, sem dúvida, uma das marcas deixadas no país pela escravidão. Após a abolição da escravatura, a ascensão do negro à condição de trabalhador livre não foi capaz de alterar as práticas sociais discriminatórias e os rótulos depreciativos da cor da pele (muito embora, do ponto de vista biológico, não existam raças humanas). A falta de qualquer política de integração do ex-escravo na sociedade brasileira, como a concessão de terras, empregos e educação, garantiu que os negros continuassem a desempenhar as mesmas funções subalternas. Assim, no Brasil, criou-se um aparato apto à manutenção da exclusão e da marginalização sem que fossem instituídas leis discriminatórias propriamente ditas. [...]

No Brasil, é certo, nunca houve um conflito racial aberto ou uma segregação formal. O racismo nesses trópicos é velado, dissimulado, encoberto pelo mito da democracia racial e pela cordialidade do brasileiro. Não é, porém, difícil constatar a sua presença na realidade brasileira. Apesar de o país ser altamente miscigenado, a convivência entre brancos e negros se dá majoritariamente em relações hierarquizadas, de subordinação e subalternidade. Os brasileiros estão acostumados a ver a população afrodescendente desempenhar determinados papéis, como os de porteiro, pedreiro, operário, empregada doméstica e também o de jogador de futebol. Salvo exceções – felizmente, cada vez mais frequentes –, os negros não ocupam os estratos mais elevados da sociedade, os cargos de prestígio político e as posições sociais e econômicas mais elevadas. Nas posições de poder, nos meios de comunicação e nos espaços públicos elitizados, a imagem do Brasil ainda é a imagem de um país de

formação predominantemente europeia. (BRASIL, 2017)

A desigualdade racial, principalmente, nos postos de comando e poder, tem seu fundamento primeiro na República Velha, mais particularmente na transição do Império para a República. Isso porque, os pensadores e estudiosos da época, tais como Silvio Romero, Nina Rodrigues, Euclides da Cunha e Oliveira Vianna defendiam que o Brasil somente seria um país desenvolvido se tivesse uma população majoritariamente branca, haja vista que a tese (científica) acerca da “superioridade do homem branco” era amplamente aceita, não somente pela maioria dos intelectuais brasileiros, mas por quase todo o pensamento ocidental (BECELLI, 2009, p. 383).

Diante disso, implementou-se políticas públicas a fim de fomentar a imigração europeia, de modo que os imigrantes que chegaram ao Brasil, foram financiados, por determinado período, com recursos do Governo Brasileiro, além de ter suas terras e casas subsidiadas a preços meramente simbólicos (GONÇALVES, 2017). Verifica-se, portanto, que o principal propósito dessa política pública — modalidade de eugenia — era substituir a população brasileira,



em exercício de engenharia social em larga escala.

E, nesse cenário, ressalta-se que essa política pública, tomada isoladamente, foi a mais cara da história do Brasil. Isso porque, o tributo que vigorou no Brasil por mais longo tempo foi a “meia siza”, cobrado à razão de 5% sobre cada africano que desembarcasse no Brasil. Como havia um comércio secundário de escravos, estima-se que 90% dos recursos que financiaram o Estado Imperial vinham diretamente da cobrança de tributos de escravos. Tais tributos foram aplicados nas políticas públicas de imigração (PAGANONI, 2020, p. 36).

Menciona-se, ainda, que os imigrantes que vieram para a região sudeste do país, vieram com o propósito explícito de substituir a mão de obra escrava, marginalizando a população preta e parda ao lhes negar, inclusive, o trabalho. Por conseguinte, um aspecto importante durante a República Velha é que as famílias pretas e pardas eram sustentadas, basicamente por mulheres, haja vista que o trabalho doméstico persistiu, de modo que as mulheres, ex escravas, se tornaram arrimo de suas famílias. Já os homens trabalhavam na informalidade.

Assim, por consequência lógica desse contexto histórico, verifica-se, ainda no século XXI, que tanto no setor público, quanto no setor privado, as posições de destaque social e de poder são ocupadas preponderantemente por pessoas brancas. Constata-se, pois, quando há seleção para qualquer oportunidade, verifica-se quanto melhor for a oportunidade, menos pretas serão as pessoas ou mais brancas elas serão.

Inconteste, portanto, o débito reparatório que o Estado Brasileiro possui com a população preta e parda. Não é crível aceitar a naturalização de que cargos de poder sejam ocupados e titularizados, em sua maioria, por pessoas brancas, mormente quando se vive em um país em que as pessoas, majoritariamente, se autodeclararam como pretas e pardas (IBGE, 2019). Se há, em determinada corporação, vinte cargos gerenciais, de comando, não se deve aceitar que mais da metade delas sejam ocupadas por

pessoas brancas.

O fato é que a crença na existência de raças superiores e inferiores utilizada para justificar a escravidão ou o domínio de determinados povos por outros, ainda está enraizado na sociedade brasileira, naturalizando a violência social, marcada pela estigmatização do preto e do pardo e pela imposição de características negativas e de subalternidade.

É por esse motivo que surge a necessidade de se discutir a evidente existência do racismo no Brasil. O silêncio a seu respeito, inclusive, tem sido a forma mais eficaz de mantê-lo atuante.

RACISMO ESTRUTURAL E INSTITUCIONAL

O problema não é a cor, mas seu uso como justificativa para segregar e oprimir. Vejam cores, somos diversos e não há nada de errado nisso – se vivemos relações raciais, é preciso falar sobre negritude e também sobre branquitude. (RIBEIRO, 2019)

Trata-se o racismo de uma ideologia que sustenta a superioridade de determinadas raças em relação a outras, preconizando ou não a segregação racial. Ainda que a sua existência seja negada ou ignorada em diversos contextos, públicos e privados, seus efeitos se materializam para a população preta e parda sob a forma de exclusão e negação de direitos, além da marginalização e aviltamento de sua cultura.

Não obstante o ordenamento jurídico se apresentar formalmente contrário ao racismo, tipificando-o como crime inafiançável e imprescritível (art. 5º, XLII, CRFB), o viés inconsciente (ou não) da crença na subordinação de raças é parte da estrutura social. E, por corolário, ganha relevo a acepção do racismo estrutural, sendo considerado o “conjunto de práticas sociais, culturais, políticas, religiosas e históricas desenvolvidas e mantidas em uma sociedade de modo a manter e perpetuar hierarquização de um grupo social, mediante a manutenção de dominações, privilégios, legalizações, relações de poder e submissão” (MPT, 2020, p. 81).

Segundo Djamila Ribeiro, “reconhecer o racismo é a melhor forma de combatê-lo. Não tenha medo das palavras “branco”, “negro”, “racismo”, “racista”. Dizer que determinada atitude foi racista é apenas uma forma de caracterizá-la e definir o seu sentido e suas implicações” (RIBEIRO, 2019, p. 6).

O reconhecimento do racismo estrutural, contudo, encontra objeções enquanto estrutura formatadora, inclusive, de suas próprias vítimas. Isso porque, o racismo estrutura e estabelece seus contornos à sociedade, mas, por vezes, passa despercebido a quem se destina — pretos e pardos —, justamente por estar arraigado no seio social.

Ocorre que o fato de a pessoa não se reconhecer como vítima de racismo ou de qualquer outro tipo de discriminação não significa que atos dessa natureza contra ela praticados não sejam discriminatórios. Isso, inclusive, revela

a determinado grupo vulnerabilizado ao oferecer tratamentos diferenciados a grupos étnico-raciais, provocando situações de desvantagem no seio da instituição, seja ela privada ou pública (MPT, 2020, p. 82).

É necessário, contudo, romper com tais estruturas. Para tanto, tal como ocorreu na transição do Império para a República Velha, a fim de incentivar a vinda dos europeus para o Brasil, devem ser adotadas políticas públicas, práticas institucionalizadas, representatividade social e cultural, além de normas repressivas e ações afirmativas que tenham por objetivo equalizar a discriminação histórica, as desigualdades econômicas-sociais e as injustiças sofridas pelo grupo discriminado pelo racismo. Isso porque, principalmente pela ausência de políticas de inclusão no pós-abolição, perpetuou-se a distinção, exclusão e discriminação das pessoas pretas e pardas, de forma naturalizada nos âmbitos social, econômico, político, nas instituições e no mercado

“Ocorre que o fato de a pessoa não se reconhecer como vítima de racismo ou de qualquer outro tipo de discriminação não significa que atos dessa natureza contra ela praticados não sejam discriminatórios.”

a perda de identidade desses indivíduos, sujeitos a séculos de dominação e imposição de uma visão eurocêntrica de mundo. Corroborando, ainda, a absorção do mito da “democracia racial”, que conduz à crença da inexistência de tratamento discriminatório direcionado aos pretos e pardos. Aliás, a negação da pessoa em se reconhecer como vítima de racismo, por vezes, pode consubstanciar em mecanismo psicológico de autodefesa, como se a negação interna impedisse a ocorrência da prática na sociedade.

Em decorrência do próprio racismo estrutural é possível identificar, ainda, a prática de racismo institucional, política organizacional velada e silenciosa, que contribui para a manutenção de privilégios de grupos hegemônicos, além de obstar o acesso de vantagens, direitos e garantias

de trabalho.

AÇÕES AFIRMATIVAS

As medidas de inclusão a partir do recorte racial, como inicialmente mencionado, estão alicerçadas na ordem jurídica internacional e interna — como corolário do princípio da igualdade e da não discriminação —, estando, também, expressamente, prevista em lei, consoante se verifica do Estatuto da Igualdade Racial (Lei n. 12.288/10).

O Estatuto da Igualdade Racial estabelece como “dever do Estado e da sociedade garantir a igualdade de oportunidades”, reconhecendo, ainda, a necessidade de adoção de medidas para

alcançar o direito fundamental da população **negra** à igualdade de oportunidade na vida econômica, social, política e cultural do país, prevendo que “as ações afirmativas são destinadas a reparar as distorções e desigualdades sociais e demais práticas discriminatórias, **nas esferas pública e privada**, durante o processo de formação social do Brasil” (art. 2º c/c art. 4º, II e p. único) (BRASIL, 2010).

O Estatuto da Igualdade Racial designa, ainda, a necessidade de “implementação de políticas voltadas para a inclusão da população **negra** no mercado de trabalho”, reconhecendo, expressamente, as dificuldades de acesso ao mercado por essas pessoas. Inclusive, a referida norma está diretamente em consonância com a Declaração e Programa de Ação adotadas na III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata ocorrida em 2001 em Durban.

A Convenção Internacional Sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, da ONU, dispõe, no artigo 1, inciso 4, que são lícitas as medidas especiais tomadas com o objetivo de assegurar um processo adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou indivíduos que necessitem da proteção para que possam exercer os direitos humanos e as liberdades fundamentais, desde que tais direitos não sejam mantidos após o terem sido alcançados os objetivos perseguidos. Destaca-se que a referida norma internacional estabelece o dever dos Estados de não encorajar, defender ou apoiar a discriminação racial, devendo, outrossim, eliminar barreiras entre as raças e desencorajar as organizações e os movimentos tendentes a fortalecer a divisão racial. (ONU, 1965).

O Conselho de Direitos Humanos da ONU adotou, em junho de 2011, os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos e fixou a responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos internacionalmente reconhecidos – entendidos, no mínimo, como aqueles expressos na Carta Internacional de Direitos Humanos e os princípios de direitos fundamentais estabelecidos na Declaração da

Organização Internacional do Trabalho sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho (princípio 12). (ONU, 2011).

Verifica-se, portanto, que é dever do Estado e de toda a sociedade assegurar à população **negra** igualdade de oportunidades, impondo às pessoas físicas e jurídicas, notadamente, as empresas, integrantes da sociedade, que garantam oportunidade de trabalho à população preta e parda. E nesse aspecto, esclareça-se que a solução jurídica para efetivar o princípio da igualdade e eliminar as situações discriminatórias presentes na sociedade, acumuladas ao longo dos anos, são as chamadas “ações afirmativas”, nomenclatura originada no direito norte-americano, conhecido, também, como “discriminação positiva”, de acordo com terminologia oriunda da legislação europeia.

Ademais, acerca das referidas ações afirmativas, merecem destaque os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU, a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho determinam à atividade empresarial o respeito aos direitos humanos, dentre estes, a eliminação de todas as formas de discriminação no âmbito trabalhista, incluindo a racial, o que abrange a população preta e parda brasileira. Também a Convenção 111 da OIT, bem como a Convenção da ONU para eliminação de todas as formas de discriminação (art. 4º) determinam a adoção de medidas especiais para eliminar as desigualdades injustificadas.

A CRFB quando impõe à atividade empresarial como finalidade, assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, além limitar a propriedade à sua função social (art. 170, *caput* e III), estabelece, em decorrência, o dever de combater à discriminação no ambiente de trabalho, em todas as suas formas, o que importa identificar as situações discriminatórias no quadro de pessoal da empresa — o que se revela pela ausência de trabalhadores pretos e pardos, dentre outros grupos discriminados —, a fim de eliminar tais

desigualdades, cumprindo o que determina o Estatuto da Igualdade Racial.

O Decreto n. 9.571/2018, estabelece as diretrizes nacionais sobre empresas e direitos humanos e adota como um dos eixos orientadores, a responsabilidade das empresas com o respeito aos direitos humanos (art. 2º, II) e do Estado em implementar políticas, normas e incentivos à conduta empresarial, destacando-se, dentre elas, o combate à discriminação nas relações de trabalho, a promoção da diversidade e o apoio às políticas de inclusão e de não discriminação, com criação de programas de incentivo para a contratação de grupos vulneráveis (art. 3º, IV).

Incumbe às empresas o combate às práticas discriminatórias nas relações de trabalho e a valorização e o respeito da diversidade, resguardando o direito à igualdade de salários e benefícios para cargos e funções com atribuições semelhantes, independentemente de critério étnico-racial (art. 8º, I, do Decreto n. 9571/2018). Ademais, dentre outros compromissos, deverão as empresas: (i) adotar políticas de metas percentuais crescentes de preenchimento de vagas e de promoção hierárquica para essas pessoas, contempladas a diversidade e a pluralidade; (ii) respeitar e promover o direito de grupos populacionais que tiveram dificuldade de acesso ao emprego em função de práticas discriminatórias; (iii) buscar a erradicação de todas as formas de desigualdade e discriminação (art. 8º, I, II, VIII).

Sobre a política de ação afirmativa, tratou o Ministro Roberto Barroso, na ADC 41/STF:

O que esta política de ação afirmativa faz, portanto, é apenas garantir, de forma mais efetiva, a igualdade de oportunidades de ingressar no serviço público, por meio da incorporação da raça como um dos critérios (mas certamente não o único) na alocação das vagas. Essa medida se justifica diante da constatação de que não basta que os negros tenham a igual possibilidade de prestar

os concursos públicos. Exige-se, mais do que isso, que tenham condições efetivas de concorrer com os demais candidatos. Como exemplificou Martin Luther King, “é óbvio que se um homem entra na linha de partida de uma corrida 300 anos depois de outro homem, o primeiro teria que fazer alguma façanha incrível, a fim de recuperar o atraso”. (BRASIL, 2017)

Pode-se constatar, dessa forma, que ações afirmativas, oriundas dos setores público e privado são correções ínfimas na congruência de um sistema que perpetua desigualdades na distribuição de bens e direitos, às custas da exploração de mão de obra preta e parda em um sistema escravista que se usurpou indevida e violentamente da força de trabalho de homens e mulheres pretas e pardas. Trata-se, portanto, de mínima reparação destinada a esses resistentes trabalhadores e trabalhadoras, que produziram a riqueza acumulada pelos escravocratas, sem que houvesse, ainda nos tempos atuais, reprimenda pelo enriquecimento ilícito decorrente de expropriação brutal e desumana da força de trabalho preta e parda. Tais ações afirmativas não apenas são constitucionais, como prioritárias.

CASO “MAGALU”

A recente política de realização de programas de treinamento profissional que permite acesso a cargos de liderança voltados exclusivamente para pessoas pretas e pardas, divulgada, em setembro do ano corrente, pela empresa Magazine Luiza (Magalu), causou controvérsias no âmbito jurídico, notadamente a respeito da adequação de tal medida ao ordenamento pátrio. A referida empresa foi pioneira na abertura de seleção para cargos gerenciais exclusivamente para **negros**.

No processo de recrutamento divulgado pela empresa, consta a justificativa de que o passado ancestral da população negra no Brasil, a anulação de tais pessoas, a ausência de oportunidades, justifica a ação afirmativa empresarial.



Após efetuarem pesquisa interna, a empresa Magalu constatou que, não obstante 53% da equipe fosse composta por pessoas pretas e pardas, apenas 16% ocupavam cargos de liderança. Diante disso, viu-se por necessário realizar ação concreta para equalizar a diferença entre o número de empregados e o de lideranças pretas e pardas dentro da empresa. (FOLHA DIRIGIDA, 2020)

Ocorre que, conforme explanado alhures, atuações direcionadas à concretização de objetivos e valores atinentes à efetivação e à materialização do princípio da igualdade — basilar do ordenamento jurídico —, encontram amparo transnacional e devem ser replicadas. Uma vez identificada pela empresa desigualdades injustificáveis, a ação concreta para reorganizar-se e promover o combate ao racismo estrutural constatado em sua estrutura organizacional é legítima, haja vista que sua conduta visa a reparação da discriminação injusta, ao viabilizar o acesso de pessoas pretas e pardas em funções gerenciais, a fim de estabelecer situação equânime com as pessoas brancas ocupantes de tais cargos.

Medidas destinadas a reparar distorções e práticas discriminatórias às pessoas pretas e

pardas, nos âmbitos público e privado, durante o processo de formação social do Brasil não podem ser encarados como prática racista em relação à população branca, conhecido como “racismo reverso”. Como se observou, o racismo trata-se de um sistema de hierarquização entre raças. Racismo pressupõe privilégios e poder — posições que os pretos e pardos foram e, ainda são, alijados.

Em verdade, na sociedade brasileira, a pessoa branca nunca foi discriminada em razão da sua pele. Não é necessário a adoção de medidas afirmativas para as pessoas brancas, por não existir discriminação histórica dessa parcela da sociedade; nunca houve a imposição de valores culturais e religiosos dos povos africanos e indígenas à pessoa branca, tampouco genocídio da população branca por tais povos (BRASIL, 2020). Promover ações supostamente neutras apenas aumentariam as chances e oportunidades do grupo privilegiado, ampliando o abismo da desigualdade entre pretos, pardos e brancos.

Verifica-se, portanto, que políticas afirmativas como a tomada pela empresa Magalu, não possuem viés discriminatório. Ao contrário, diligenciam medida reparatória à população que tradicionalmente foi alvo de discriminação e preconceito, a fim de alcançar o grupo historicamente discriminado e vulnerável. Por isso, a total impossibilidade de se reconhecer a existência de racismo em relação ao grupo ético socialmente privilegiado, que historicamente preenche cargos com melhores remunerações, além de, majoritariamente, ocuparem posições de liderança.

Constata-se, por derradeiro, que a implementação de política empresarial de equidade racial, além de estar em inteira consonância com as normas transnacionais, é medida necessária para se alcançar melhorias e avanços sociais, haja vista o dever que os setores público e privado possuem na concretização do princípio constitucional da igualdade material.

CONCLUSÃO

O caso abordado no presente artigo, consubstanciando em uma política inclusiva promovida por um ente privado, naturaliza a discussão e traz à tona o debate racial. É preciso que a sociedade compreenda o seu papel e a sua responsabilidade – que não recai somente sobre o Estado – de questionar a ausência de pessoas negras em posições de gerência e de destaque nas empresas e de emprestar concretude a ações que tenham por objetivo alterar tal estado de coisas.

Considerando que a população negra é maioria do Brasil – cerca de 56%, segundo dados do IBGE –, é um desafio a ser vencido a efetiva inclusão das trabalhadoras e dos trabalhadores negros nos espaços de poder.

Trata-se de um dever oriundo das normas internas e internacionais que recai também sobre as empresas. Afinal, corolário do direito de propriedade é a função social, cuja concretude exige atuação positiva, transgressora de barreiras culturais e diferenciações daqueles que revelam traços de desigualdade.

Assumir que a sociedade brasileira é racista em toda a sua estrutura, é o primeiro passo para que o debate seja inaugurado e densificado, além de promovidas políticas empresariais inclusivas que permitam que o tratamento desigual dado aos desiguais culmine na correção das distorções históricas.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**: texto integral. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 240.

BECHELLI, Ricardo Sequeira. **Metamorfoses na interpretação do Brasil**: tensões no paradigma racial. 2009. Tese (Doutorado em História Social) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8138/tde-24072009-150811/publico/TESE_RICARDO_SEQUEIRA_BECHELLI.pdf. Acesso em: 18 out. 2020.

BRASIL. DECRETO nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**. 6 nov. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Ações para o enfrentamento ao racismo na mídia**. Brasília, MPT, 2020. Disponível em: https://mpt.mp.br/pgt/publicacoes/cartilhas/acoes-para-o-enfrentamento-ao-racismo-na-midia-1/@@display-file/arquivo_pdf. Acesso em 23 nov. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADC 41. Rel. Ministro Roberto Barroso. Dje. 17 ago. 2017. **Teses de controle concentrado**. Brasília, STF, 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>. Acesso em: 23 nov. 2020.

BRASIL. TRIBUNAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Processon.0003466-46-2019.4.01.3500. Relator: Desembargador João Moreira Pessoa de Azambuja, Dje: 20 jan.2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodium, 2020.

FOLHA DIRIGIDA. Magalu recruta talentos em programa de trainee exclusivo para negros. Folha Dirigida, 2020. Disponível em: <https://folhadirigida.com.br/mais/noticias/trainee/magalu-abre-recruta-candidatos-negros-para-programa-de-trainee>. Acesso em: 29 out. 2020.

GONÇALVES, Paulo Cesar. Escravos e imigrantes são o que importam: fornecimento e controle da mão de obra para a economia agroexportadora Oitocentista. **Almanack**. Universidade Federal de São Paulo - UNIFESP, n. 17, p. 307-361, 2017. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/158051>. Acesso em: 18 out. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Cor ou Raça. IBGE, 2019. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18319-cor-ou-raca.html>. Acesso em: 21 out. 2020.

LORENTZ, Lutiana Nacur. **A norma da igualdade e o trabalho das pessoas portadoras de deficiência**. São Paulo: Ltr, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção Internacional Sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, de 21 de dezembro de 1965. ONU, 1968. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/port/1965%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20Internacional%20sobre%20a%20Elimina%C3%A7%C3%A3o%20de%20Todas%20as%20Formas%20de%20Discrimina%C3%A7%C3%A3o%20Racial.%20Adoptada%20e%20aberta%20%C3%A0%20assinatura%20e%20ratifica%C3%A7%C3%A3o%20por%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20da%20Assembleia%20Geral%20106%20\(XX\)%20de%2021%20de%20dezembro%20de%201965.pdf](https://www.oas.org/dil/port/1965%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20Internacional%20sobre%20a%20Elimina%C3%A7%C3%A3o%20de%20Todas%20as%20Formas%20de%20Discrimina%C3%A7%C3%A3o%20Racial.%20Adoptada%20e%20aberta%20%C3%A0%20assinatura%20e%20ratifica%C3%A7%C3%A3o%20por%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20da%20Assembleia%20Geral%20106%20(XX)%20de%2021%20de%20dezembro%20de%201965.pdf). Acesso em: 29 out. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos**. Tradução da Secretaria Nacional de Proteção Global. Brasília, Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2019/outubro/Cartilha-versoimpresso.pdf>. Acesso em: 29 out. 2020.

PAGANONI, Luiza Paiva. **O papel do Estado Brasileiro na promoção da imigração Europeia de 1808-1850**. 2020. Dissertação (Mestrado em História Contemporânea) - Faculdade de Letras da Universidade de Porto, Porto, 2020. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/125953/2/382549.pdf>. Acesso em: 18 out. 2020.

RIBEIRO, Djamila. **Pequeno Manual Antirracista**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.



A MEDIAÇÃO EM TEMPOS DE CRISE: BREVES REFLEXÕES SOBRE A IMPORTÂNCIA DOS MÉTODOS DE RESOLUÇÃO ADEQUADA DE DISPUTAS ATRAVÉS DE MEIOS TELEPRESENCIAIS

Natália Luiza Alves Martins¹

Resumo

O presente artigo trata da importância de reflexões e estudos relacionados com as normas de regência do Estado em tempos de crise, como o instalado pela pandemia do novo coronavírus, em especial sobre a relevância da utilização e valorização dos métodos de resolução adequada de disputas. A pandemia causada pelo vírus da COVID-19 exigiu do Poder Judiciário uma readequação de suas estruturas e do seu funcionamento, garantindo à população a continuidade do serviço, que é essencial. Entretanto, nem sempre a prolação de decisão judicial desbancou como melhor opção de solução de conflitos, em especial em tempos de crise, nos quais a maior parte da população é atingida pelos efeitos nocivos, econômicos, políticos, sociológicos e biológicos ocasionados pela pandemia. Nesse contexto, a valorização dos métodos de resolução adequada de disputas ganha relevo, merecendo destaque os meios telepresenciais que possibilitam a continuidade ininterrupta da prestação do serviço e, principalmente, a composição de interesses conflituosos, sempre em busca da paz social

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Métodos de Resolução Adequada de Disputas. Mediação. Pandemia. Audiências telepresenciais.

1 Juíza do Trabalho Substituta vinculada ao E. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito Ambiental pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

A PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS E O ACESSO À JUSTIÇA

Oito meses após a declaração formal do diretor geral da Organização Mundial de Saúde (OMS), Tedros Adhanom, sobre o estado pandêmico de contaminação causado pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2), em 11 de março de 2020, o mundo ainda vive envolto em inúmeras incertezas sobre os dias que virão.

A chamada segunda onda de contaminação começa a se confirmar em todo o planeta, exigindo que os países adotem novas medidas de restrições visando conter a propagação da doença.

Nesse novo mundo, cheio de dúvidas, uma coisa se mantém intacta, a certeza de que o Estado não pode parar, milhares de centenas de pessoas necessitam dos mais variados serviços essenciais fornecidos pelo Estado, dentre esses a Jurisdição.

Os conflitos sociais, das mais variadas

Nesse emaranhado de mudanças, que exige dos milhares de Juizes brasileiros uma postura ativa e empática, o Poder Judiciário tenta se reinventar diariamente, sempre em busca da entrega da prestação jurisdicional, de forma célere e eficaz.

Há mais de trinta anos que o acesso à justiça foi reconhecido material e formalmente como um direito fundamental, representado eloquentemente pelo inciso XXXV, do art. 5o, da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe: “a Lei não exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito.” (BRASIL, 1988)

Elevado à ordem dos direitos fundamentais o acesso à justiça se releva como pedra de toque, como base do Estado Democrático de Direito, e, conseqüentemente, como garantidor da dignidade humana.

As discussões em torno do tema não são recentes. Há muito os cientistas jurídicos e estudiosos debatem sobre os caminhos e alternativas que podem ser criadas e recriadas para que o acesso à justiça, em suas mais variadas facetas, seja garantido a todos.

A crise gerada pela pandemia, que inevitavelmente trouxe conseqüências no funcionamento do Poder Judiciário, ajuda a reacender essa chama necessária, para que, com entusiasmo, possamos refletir e encontrar saídas eficazes para os “novos” e velhos problemas.

Nesse sentido, parece-nos adequado rememorarmos sobre as chamadas “ondas renovatórias do acesso à justiça”, conforme os ensinamentos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 148), que, à época, destacaram a presença de três ondas renovatórias do acesso à justiça, subdividindo-as em diferentes categorias, sendo que cada uma delas tinha por finalidade vencer obstáculos até então existentes.

A primeira onda trata da assistência judiciária gratuita, tema que com alguns pequenos pontos de inflexão parece ser assunto já finito, sendo indiscutível a garantia de acesso aos que não podem custeá-lo, pelo menos no âmbito da Justiça do Trabalho, no qual ainda é legítima a figura do *jus postulandi*, por exemplo. A segunda onda se dedica aos interesses difusos. A terceira onda já desponta com uma visão mais ampla de acesso à justiça, indicando a necessidade de reformas que tenham por escopo a efetividade da tutela jurisdicional, pois a representação dos interesses públicos desponta como essencial para ressignificação do acesso à justiça (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 67).

Complementando a contribuição de Cappelletti, Kim Economides (1999, p. 66) destacou a necessidade de busca da efetividade judicial e acesso à justiça em seu mais amplo espectro, considerando-se todos os atores necessários para o adequado funcionamento e administração da Justiça, sob pena de estarmos rodeados de injustiças, ao mesmo tempo em que não se sabe onde a justiça está (UNGER, apud ECONOMIDES, 1999, p.66).

Em outras palavras, a quarta onda de acesso à justiça, segundo Kim Economides, expõe as dimensões ética e política da administração da justiça, fazendo um indicativo dos importantes e novos desafios tanto para a responsabilidade profissional como para o ensino jurídico.

Um fato observado pelo autor é que os profissionais da área jurídica concentram seus esforços na batalha, na utilização da força e das armas, mas se esquecem de que para além de uma vitória ou derrota judicial temos vidas e destinos sendo (des)construídas.

A manutenção de posições polarizadas, visando resultados fantásticos, inebriados pelo sentimento de tudo ou nada

continua arraigado na sociedade brasileira, que até mesmo em pequenos conflitos cotidianos precisam se socorrer do Judiciário.

E nessa sociedade combativa e polarizada, autor e réu, reclamante e reclamado, requerente e requerido, gastam muitas vezes anos de suas vidas em processos judiciais desgastantes, quando inúmeros desses conflitos poderiam ser resolvidos através do diálogo, atento e participativo.

Muitas iniciativas legislativas de fortalecimento dos instrumentos de resolução adequadas de disputas tiveram em seus nascimentos o objetivo de desafogar o Poder Judiciário. Entretanto, parece-nos ser necessário encontrarmos boas soluções que contenham os conflitos em tempo breve.

Esses questionamentos trazem a discussão aspectos sóciojurídicos que merecem estar na pauta do dia quando o assunto se refere ao acesso à justiça, razoável duração do processo e redução dos números de litigiosidade.

Essa visão se adéqua exatamente as necessidades levadas a cabo neste atual momento pandêmico, no qual se exige uma postura cooperativa, para além do mero formalismo previsto no art. 6º do CPC, de todos os envolvidos no processo. Em outras palavras, a crise mundial e a devastação sócio-econômica ocasionada pela pandemia exigem um olhar fraterno e urgente de todos os atores do processo, sempre em busca da melhor solução para ambas as partes litigantes.

A postura combativa e conflituosa está (ou deveria estar) em ampla decadência. O bom profissional consegue enxergar muito além do conflito aparente posto à mesa. Não é a toa que os mecanismos de conformidade (compliance) ganham cada vez mais espaço. E, especialmente, a mediação (re)aparece como protagonista das ferramentas disponíveis

para a efetivação do acesso à justiça, célere e eficaz.

DOS MÉTODOS DE SOLUÇÃO ADEQUADA DE CONFLITOS: A MEDIAÇÃO COMO PROTAGONISTA

A negociação, a conciliação, a mediação e a arbitragem são os métodos de resolução adequada de conflitos por excelência, já estando previstos em nosso ordenamento jurídico.

Considerando as limitações do presente artigo que pretende trazer a baila apenas breves e pontuais reflexões sobre o tema, nos ateremos a alguns comentários sobre a utilização da mediação como instrumento de acesso à justiça.

A mediação é um método de resolução de conflitos no qual um terceiro imparcial facilitará o diálogo entre as partes, possibilitando que elas sejam as próprias autoras da solução dialogada, ou seja, a mediação se traduz em um mecanismo de solução de conflitos que tem como premissa o diálogo inclusivo e cooperativo entre as pessoas e a participação de um terceiro imparcial – o mediador – que, com a capacitação adequada, facilita a comunicação, possibilitando a construção de uma solução satisfatória pelas próprias partes (SALES, 2016, p. 956).

Apesar de as alterações legislativas brasileiras, que incluíram a figura mediação como instrumento formal de resolução adequada de disputas serem relativamente recentes, a doutrina já reconhecia a extensão e amplitude capazes de serem dadas ao método, podendo abranger inúmeras espécies de conflitos.

Nas palavras de Jay Folberg e Alison Taylor (1996, p. 26):

La práctica de la mediación comprende un campo tan extenso que no permite una definición estricta. Los detalles específicos de la mediación dependen de qué es lo que está sometiéndose a mediación, las partes en desavenencias, quién está llevando a cabo la mediación, y el medio en el cual se ofrece la mediación. La mediación es, por principio y sobre todo, un proceso que trasciende el contenido del conflicto que se pretende resolver.

Nesse sentido, o novo Código de Processo de Civil de 2015 (Lei n. 13.105/15) e a chamada Lei da Mediação (Lei n. 13.140 de 2015) foram, sem dúvidas, responsáveis pelo fortalecimento da figura no ordenamento jurídico brasileiro, iniciando uma nova fase no Poder Judiciário brasileiro, através do incentivo aos métodos de resolução adequadas de disputas, os quais, inclusive, já estavam previstos na Resolução 125 do CNJ, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário desde 2010.

Partindo das normas acima indicadas criaram-se os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECs) de cada tribunal e os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), responsáveis pela execução dos objetivos estabelecidos pela Política Judiciária Nacional.

Desde então, seja através das células especializadas na solução alternativa de conflitos (CEJUSC's) ou através da atuação direta dos Juízos durante toda a tramitação processual, as sessões de conciliação e mediação tem se demonstrado como instrumentos de concretizam de direitos.

Ocorre que com a chegada da pandemia as limitações impostas à circulação de pessoas exigiu do Poder Judiciário a adoção de medidas imediatas, que possibilitassem a continuidade da prestação jurisdicional, sem,

no entanto, atropelar as normas processuais existentes.

Isso porque muito embora o Processo Judicial Eletrônico seja uma realidade, com mais de 23.622.878 processos em curso apenas na Justiça do Trabalho, segundo dados extraídos do sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça, a tramitação dos atos processuais exigia inúmeros atos presenciais, como as audiências de conciliação e instrução, as quais foram sobremaneira afetadas pelas restrições sociais da pandemia.

Entretanto, tratando-se a Jurisdição estatal de função essencial do Estado, em especial a jurisdição laboral, que em sua maior parte discute créditos de natureza estritamente alimentar, não há condições plausíveis de aguardo da regularidade cotidiana para a partir de então retornar a realização das audiências.

Nesse cenário, de completa incerteza quanto ao retorno da normalidade da circulação de pessoas em suas atividades cotidianas ou do surgimento de uma imunização segura, o Poder Judiciário passou a adotar as medidas necessárias para o enfrentamento da crise, minorando os infortúnios gerados pela quarentena.

Tentando salvaguardar os interesses daqueles que precisam se socorrer deste serviço essencial (do que se exige uma razoável duração), e, ainda, equilibrando a necessidade de contínua prestação de serviços com a manutenção da saúde e segurança (social e jurídica) de todos os envolvidos o Poder Judiciário, em 31 de março de 2020, instituiu a plataforma emergencial de videoconferência para realização de audiências e sessões de julgamento nos órgãos do Poder Judiciário, no período de isolamento social, conforme Portaria n. 61 do CNJ.

No âmbito do Poder Judiciário laboral a Corregedoria Geral da Justiça do

Trabalho editou o ATO Nº 11/GCGJT, em 23 de abril de 2020, visando uniformizar os procedimentos a serem adotados para registro e armazenamento das audiências.

O confinamento ocasionado pela pandemia exigiu uma imediata resposta do Poder Judiciário, que consciente da importância da manutenção contínua de seus serviços imediatamente elaborou normas mínimas para regência deste período de crise, garantindo não só a ampla continuidade da prestação dos serviços, mas também segurança jurídica para a observância de um devido processo legal emergencial.

Nesse sentido, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho editou a Recomendação CSJT.GVP 01, em 25 de março de 2020, incentivando a utilização dos instrumentos de mediação e conciliação, sejam eles individuais ou coletivos por meios eletrônicos, dando destaque a tais métodos.

SISTEMAS ON-LINE DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: AS AUDIÊNCIAS TELEPRESENCIAIS SERÃO O NOVO NORMAL?

Antes mesmo da crise instaurada pela pandemia do novo coronavírus os sistemas on-line de soluções de disputas (*On-Line Dispute Resolution – ODR*) já vinham ganhando elogios em razão da efetiva instrumentalização da redução de passivos judiciais e solução de conflitos.

As *ODR's On-Line Dispute Resolution* nada mais são do que a utilização das técnicas adequadas de solução de disputas (ADR) através de ferramentas tecnológicas que permitem a interação entre as partes e o terceiro mediador ou conciliador.

Embora possa parecer algo comum, levando-se em consideração que toda a dinâmica da sociedade moderna se baseia na comunicação através de recursos

tecnológicos, síncronos e assíncronos, desde a utilização das linhas telefônicas até as mais variadas redes de contatos sociais, e-mails etc., a utilização dos mecanismos para fins de conciliação e mediação através de meios tecnológicos, sejam eles assíncronos ou síncronos, ainda é recente.

Entretanto, como destacam Guilherme Guimarães Feliciano, Mauro Augusto Ponce de Leão Braga e Taís Batista Fernandes Braga (2020):

Considerando a nova realidade e os tempos atípicos, ganha corpo a procura pública pelas alternativas de interação, assíncrona ou síncrona, nos procedimentos de online dispute resolution - ODR3. Afinal, não há outros tão adaptados à necessidade atual:interagir, mas distanciar.

A pandemia chegou se forma rápida e arrebatadora e parece infelizmente não ter data para nos deixar, apesar dos avanços e inúmeras pesquisas em torno de doença tão contagiosa, a única medida eficaz de contenção do avanço é o distanciamento social, exigindo de todos esforços contínuos. Deste modo, não como se negar que o



Sistema de Justiça no Brasil adotou a área de “on line dispute resolution”, tendo esta sido impulsionada pelas restrições de atividades presenciais (PINHEIRO, 2020).

Nesse cenário de crise, mais do que nunca, exige-se uma postura dialogada e cooperativa de todos os envolvidos, cabendo aos profissionais do direito a importante missão de salvaguardar a continuidade da prestação jurisdicional de forma célere e efetiva, contribuindo para adequado andamento do feito.

Essa ressalva é feita, pois temos visto certa resistência por uma significativa parte da advocacia brasileira, sob o argumento de ofensa ao devido processo legal, bem como pela alegada ausência de capacidade técnica e prática de partes e procuradores para acessar a plataforma digital por meio da qual as audiências são realizadas (JOB, 2020).

e preceitos do CPC, eis que todos esses normativos que avalizam a multimídia, a cibernética, o digital, consolidam o virtual no foro judicial e, com a videoconferência e práticas preliminares ao trâmite da ação, mais facilitam a composição dos conflitos (BUZZI, 2020).

Ou seja, muitas mudanças geradas pela pandemia vieram para ficar, como parece ser o caso das audiências por videoconferência, tendo, inclusive, o Conselho Nacional de Justiça regulamentado a figura do Juízo 100% digital, que autoriza os tribunais a implementarem a um Juízo que executará todos os atos processuais exclusivamente por meio eletrônico e remoto.

Como destacado por Paula Becker Montibeller Job (2020):

“Ou seja, muitas mudanças geradas pela pandemia vieram para ficar, como parece ser o caso das audiências por videoconferência, tendo, inclusive, o Conselho Nacional de Justiça regulamentado a figura do Juízo 100% digital, que autoriza os tribunais a implementarem a um Juízo que executará todos os atos processuais exclusivamente por meio eletrônico e remoto.”

Ocorre que a legislação brasileira já admitia a realização de atos processuais por meios tecnológicos, conforme prevê o art. 236 do CPC, observado, portanto, o devido processo legal, sendo as resoluções uniformizadoras verdadeiras normas de auxílio procedimental em tempos de crise, já que a pandemia obrigou-nos a mudarmos de hábitos de forma repentina.

Parece-nos, assim, que são desnecessárias mais leis sobre ato processual virtual, posição justificada ante o sistema dos Métodos de Resolução de Conflitos – a Resolução 125/2010-CNJ, a Lei de Mediação

O que estamos vivenciando é a definitiva inserção da Justiça do Trabalho na denominada quarta onda de acesso à Justiça, que implica no perfeito entrosamento entre as normas disciplinares e os instrumentos apropriados para adequação à evolução da era tecnológica. Dessa forma, e para cumprir o disposto no parágrafo segundo do artigo 453 do CPC, é necessário que o Poder Judiciário garanta instalações e aparelhamento suficientes para a realização das videoaudiências.

Segundo a autora, a quarta onda de acesso à Justiça, que iniciou com a instituição do Processo Judicial Eletrônico (PJe) e se aperfeiçoou com a realização das

audiências por videoconferência, somente se completará, como um efetivo movimento de acesso ao Judiciário justo e efetivo, quando o Estado disponibilizar meios tecnológicos adequados para participação daqueles que não possuem condições práticas ou técnicas de acesso à plataforma na qual são realizadas as audiências, o que já começou a ser operacionalizado através da determinação de criação de salas de realização de audiência por videoconferências.

Como se vê todos os caminhos nos leva a crer que as audiências por videoconferências e a utilização de métodos on-line de resolução adequadas de disputas já são realidades alinhadas às normas processuais vigentes. E que vieram para ficar.

Caberá agora a cada um dos atores sociais envolvidos esforçarem-se para que a adaptação a esta nova realidade necessária, imposta por uma pandemia exponencial seja feita de forma leve e cooperada, enaltecendo os primados da fraternidade e solidariedade, tão caros a nossa sociedade já tão abalada pelas inúmeras consequências negativas da crise. Que possamos usar o momento para extrair algo de proveitoso para a sociedade brasileira. E que a mediação seja vista como um verdadeiro instrumento de acesso à justiça. Avante.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 23 nov. 2020.

BUZZI, Marco Aurélio. A Covid-19 e a prática de videoconferências nos atos processuais. **CONJUR**. 10 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-10/marco-buzzi-videoconferencia-atos-processuais>. Acesso

em 26 out. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

ECONOMIDES, Kim. In: PANDOLFI, Dulce. *et. al.* **Cidadania, justiça e violência**. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getulio Vargas, 1999.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; BRAGA, Mauro Augusto Ponce de Leão; BRAGA, Taís Batista Fernandes. Mediação e conciliação em tempos de covid-19 (ou além dele) e procedimentos de online dispute resolution: vantagens e desvantagens das interações síncronas e assíncronas. **MIGALHAS**. Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2020/10/6F2865B841D06A_ARTIGO-ODREJT.GGF.MPLB.TBFB-12.pdf. Acesso em: 29 out. 2010.

FOLBERG, Jay; TAYLOR, Alison. Mediação: **Resolución de conflictos sin litigio**. Limusa, México, D.F., 1996.

JOB, Paula Becker Montibeller. A 4ª onda de acesso à Justiça: do processo judicial eletrônico à videoconferência. **CONJUR**. 27 ago. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-27/paula-montibeller-onda-acesso-justica>. Acesso em: 29 ago. 2020.

PINHEIRO, Rogério Neiva. ODR e resolução de disputas em tempos de pandemia. **CONJUR**. 18 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-18/rogerio-neivaodr-resolucao-disputas-tempos-pandemia>. Acesso em: 26 set. 2020.

SALES, Lilia Maia de Moraes. A mediação de conflitos – lidando positivamente com as emoções para gerir conflitos. **Pensar**, Fortaleza, v. 21, n. 3, p. 965-986, set./dez. 2016.

Eu tenho nome, sabia?

Autora: Fernanda Teodora Sales Carvalho, advogada.

Contato: fernanda.carvalho@lbs.adv.br

Um dia na vida de uma trabalhadora em teleatendimento

(burburinho ao fundo)

- Não, por gentileza, peço que aguarde um minuto antes de falar na ouvidoria... então, como disse pro senhor, estamos sem sistema agora... Isso acontece quase sempre... é a terceira vez essa semana. Sim, senhor, eu sei que o senhor é ocupado... Me desculpe, mas eu sou apenas uma funcionária. Não tem necessidade de falar comigo nesse tom. Sim, fui até o ensino médio... O senhor está me chamando de burra? Estou te ouvindo perfeitamente...

- Tudo bem. Vou te transferir no setor responsável para que cancele seu plano. (...) Já entendi, o senhor está chateado..., mas por favor, eu não lhe atendi mal, não tem necessidade de falar desse jeito comigo. Bom, quer saber? Já faz quase meia hora que eu estou escutando as suas grosserias de graça. Faça como quiser. Pode registrar a reclamação na ANATEL, no PROCON, pra Vossa Santidade o Papa, pode chamar seu advogado, mas vá ser sem educação e idiota assim no quinto dos infernos!!!

(música de espera)

Por favor, aguarde na linha para avaliar o atendim.... tuuu tuuu tuuuu...

- Milena, faz um favor pra mim, avisa a Carla que eu tô saindo pro intervalo.

Com as mãos ainda tremendo eu atravesso o corredor, e entro na cozinha minúscula. Tomo um gole daquela água quente, com gosto de filtro velho, pra tentar me acalmar. Um outro gole pra devanear algum futuro próximo em que eu não precise escutar reclamação de cliente pra pôr comida dentro de casa.

Todo santo dia era assim. Eu entrava contando as horas pra sair. Qualquer lugar no mundo era melhor que aquele cubículo. O metrô lotado. Enfrentar chuva na saída do trabalho. O furto cotidiano da mistura no refeitório. Qualquer coisa. Meu corpo não aguenta mais. Minhas costas doem, sinto o peso das coisas que não dá pra resolver na hora... É tanta reclamação que eu ouço! Eu já cheguei

num ponto... Que nem os remédios que eu tomo pra parecer que eu tenho algum pé nesse mundo, fazem efeito...

Tem dias que eu penso em acabar com tudo nessa vida besta. É só isso a vida, será? Ouvir xingo, emitir boleto, passar três horas espremida no transporte, me desculpar por não ter sistema decente pra trabalhar? Não pode ser! E eu não acredito que possa ser assim. Mas tem umas semanas, que olha, nem respirando muito fundo, e pedindo paciência a Nossa Senhora Aparecida dá. É cada um que me aparece! Acha que a gente tá ali pra levar pancada. E eles nem lembram meu nome no fim do atendimento.

Já cheguei a pensar, que só me dão emprego porque essas empresas têm cota pra cumprir. Já é o quarto call center que eu trabalho. Eu até tentei mudar, depois que eu saí do último, mas eu não tinha muitas outras opções, daí tive que voltar. Prefiro emprego com registro, por causa da aposentadoria. Ouvi que queriam mudar a lei pras pessoas com deficiência, como eu. Não sei se vinha a ser coisa boa, mas penso que não. Não tem muita gente como eu lá em Brasília, né?

Pra trazer o sustento pra dentro de casa, já fiz de tudo... Já trabalhei de passar roupa, já fiz bico de fazer salgado em casa, já olhei criança em casa de família, já trabalhei no pacote de mercado... O INSS nunca me afastou não, por eu ver apenas do olho direito. Só consideram pra aposentadoria quem não enxerga dos dois olhos. Fui trabalhando onde me aceitavam, e agora eu estou no telemarketing (eles chamam de call center) nome chique, né?

Mas é dureza viu? O salário é baixo, tem assédio de supervisor, não pode demorar no banheiro, quando falta alguém e a gente tem que cobrir nem pagam hora extra... É tanta coisa errada! Tem semanas boas, que a gente topa com clientes educados, mas é raridade. E o pior é quando cliente vê que é mulher. Os homens em geral tratam a gente mal, acha que estamos ali pra fazer favor pra alguém. Não tô não... Eu tô ali pra pagar minhas contas, e só.

Entro, bato ponto, pego a água, sento no meu canto. Tem rodízio pra ir no banheiro. Se demorar mais, toma advertência. Teve uma menina nova que trabalhava do meu lado, que foi demitida porque demorava muito tempo no banheiro. Não durou três meses. É um absurdo, eu pensava, mas ninguém liga.

Repito a rotina: coloco o fone, meu trabalho é escutar. Escutar. Oi, bom dia, como o senhor vai? Anote o protocolo. Vou te transferir pro setor responsável... Sim, vou fazer o estorno solicitado... Raros são os clientes que agradecem. Mas ah... as reclamações... Essas ocupam a maior parte das horas ao telefone. O barulho de fundo. Meus colegas tentando acalmar os clientes. Vozes irritadas.

Gritos. Ameaças Às vezes dá pra ouvir a três mesas algum xingo.

As pessoas do outro lado da linha não entendem que a gente ali é funcionário, acham que a gente toma decisão na empresa. Não sabem nada de nós. Parece que não enxergam a gente como se gente fosse. Não merecemos educação, simpatia. Somos pagos pra ser a voz atrás da linha. Ouvido. Voz que não grita. Que não faz revolução. Que não faz greve. Que não se opõe. No fim a gente até se confunde com a voz eletrônica da espera... E se pergunta, se não ficou automática que nem ela. Sem cor, sem endereço, sem aspiração na vida. Tudo virou automático. A gente tá ali só pra fazer o serviço pesado. Apertar botão, emitir boleto, transferir ligação.

Nesse andar acho que trabalham umas 150 pessoas. Nem sei o nome de todas. Nunca vou saber. Tem funcionário que começa, trabalha a parte da manhã e não volta mais, quando sente o baque. Tem mais mulher que homem. Não fazemos muitos amigos, as vezes as coisas parecem ser meio desconectadas. Já estou ligada, que sou só mais um número pra empresa.

A música de espera... Meu deus, como é irritante! Nem nos meus sonhos eu tenho paz! Tem noite que eu sonho que eu estou no trabalho. Os corredores e mesas vazios, o reflexo da lua atravessando os vidros sujos do prédio, vários telefones tocando ao mesmo tempo, sem nenhum atendente. As luzes falhando... Tudo muito esquisito. Eu me enxergo descendo as escadas correndo, todo o prédio consumido pelo fogo...

Estou exausta. Por um nada que eu não pego a minha bolsa e vou pra casa! Miro o fundo do copo de plástico... O que mais eu tenho a perder? Vou gastar toda a minha saúde que sobrou aqui? A troco de quê? Quem vai cuidar de mim? Um turbilhão ecoando na cabeça...

Burra! Você me ouviu bem? Sabe quem eu sou? Desculpa, como é seu nome mesmo, mocinha? Eu quero falar com seu chefe! Sim, eu sou advogado! Me passa sua matrícula, vou fazer uma ouvidoria... Estamos sem sistema... Tuuu... Tuuuuu... aguarde mais um minuto, todos nossos atendentes estão ocupados... conheça nosso aplicativo...

Quinze minutos que parecem uma eternidade...

- Milena, você viu a Noeli? As ligações dela estão acumulando na central.- Olha, ela saiu tem uma meia hora pro intervalo. Depois eu vi ela pegando uma

coisa na mesa dela, e não vi mais...

Essa crônica é dedicada a todos os funcionários do ramo de teleatendimento que não têm nome, mas que tem sonhos, aspirações e desejam um futuro melhor.





Agravo de Petição 0032500-45.2005.5.10.0001

RELATOR : DESEMBARGADOR ALEXANDRE NERY DE OLIVEIRA

AGRAVANTE : JORGE FRANCISCO (leiloeiro)

ADVOGADO: CELSO DOS SANTOS

AGRAVADO: ADRIANO DEJESUS SILVA SOUSA

ADVOGADO: ÊNIO ABADIA DA SILVA

AGRAVADO: VIACÃO AÉREA SÃO PAULO S/A

ADVOGADO: OSVALDO BRETAS SOARES FILHO

AGRAVADO: LOTAXI TRANSPORTES URBANOS LTDA

ADVOGADO: PAULA CANHEDO AZEVEDO

AGRAVADO: CONDOR TRANSPORTES URBANOS LTDA

ADVOGADO: PAULA CANHEDO AZEVEDO

AGRAVADO: TRANSPORTADORA WADEL LTDA

ADVOGADO: PAULA CANHEDO AZEVEDO

AGRAVADO: VIPLAN VIACAO PLANALTO LIMITADA

ADVOGADO : PAULA CANHEDO AZEVEDO

COMISSÃO DO LEILOEIRO: REMIÇÃO DA DÍVIDA PELA EXECUTADA: OBRIGAÇÃO DE PAGAMENTO DO VALOR TOTAL DA EXECUÇÃO INCLUSIVE COM A COMISSÃO DO LEILOEIRO: EXEGESE DOS ARTIGOS 173 E 197 DO PROVIMENTO GERAL CONSOLIDADO DO TRT DA 10a REGIÃO.

Agravo de petição conhecido e provido.

RELATÓRIO

Contra a r. sentença da lavra da Exma. Sra. Juíza Martha Franco de Azevedo, na la Vara do Trabalho de Brasília/DF, que acolheu os embargos à execução da Transportadora Wadel Ltda, o Leiloeiro interpôs agravo de petição.

EMENTA

Contraminuta ofertada.

Parecer ministerial dispensado, na forma regimental.

É o relatório.

(1) ADMISSIBILIDADE

FUNDAMENTAÇÃO

Tempestivo e regular o recurso: **conheço.**

Conheço a contraminuta.

(2) MÉRITO

comissão do leiloeiro:

O Juízo de origem excluiu a comissão do leiloeiro do valor devido pela Executada, em embargos à execução interpostos pela Executada, motivo que levou o leiloeiro a interpor o presente agravo.

“DA COMISSÃO DO LEILOEIRO.

A embargante alega, em síntese, que **não é devida a comissão do Leiloeiro** porque **não se concretizou a arrematação**, em razão da **inexistência dos arrematantes**; que os arrematantes **não efetuaram o depósito obrigatório de 20%** para garantia da arrematação e a **desistência ocorreu antes da apreciação pelo juízo** do pedido de desistência; que a arrematação se mostrou **inacabada**, já que **não houve assinatura do juiz**; que o depósito efetuado para quitação da execução foi realizado conforme a guia expedida pelo juízo.

O Leiloeiro, embargado, contesta as alegações, afirmando que **a discussão da matéria já foi superada, uma vez que os cálculos já foram**

devidamente homologados e pugna pela improcedência dos embargos à execução.

À análise do caso.

Constata-se dos autos que na data de 30/08/2007, designada para a realização do **último** leilão do imóvel pen horado à fl.182, **houve licitante** para arrematação do imóvel pela quantia de R\$ 3500 000,00, conforme auto de arrematação à fl.445. Entretanto, **não houve o depósito do valor da arrematação**, nem mesmo no dia seguinte à arrematação, considerando que a arrematante alega que **o leiloeiro concluiu os trabalhos após o expediente bancário** no dia do leilão.

Verifica-se também que a executada efetuou o pagamento da execução no dia 31/08/2018.

A comissão do leiloeiro é devida **quando ocorre a arrematação**. Nessa linha decidiu o TRT 10ª Região:

“EMENTA: COMISSÃO DO LEILOEIRO. REQUISITOS. ARREMATAÇÃO. O art. 694 do CPC dispõe sobre os requisitos para a **consumação da arrematação**, sem os quais o ato não se mostra **perfeito > acabado e irretratável**. Assim, **se não houve arrematação, o leiloeiro não tem comissão a receber.**”(TRT 0108500-53.2005.5.10.0022 AP - ACÓRDÃO 1ª TURMA/2014-1 -RELAT.: DESEMEARGADORA FLÁVIA SIMÕES FALCÃO, Publicado em 07/03/2014)

Na hipótese dos autos, a arrematação **não se concretizou**, já que **não houve o depósito do valor do lance**, nem mesmo do sinal garantidor.

Entendo que seria devida a comissão do leiloeiro **se a arrematação estivesse perfeita e acabada**, ou pelo menos **com o valor do lance depositado** nos autos.

A alegação da arrematante de que o leiloeiro concluiu o serviço após o expediente bancário não justifica, pois nem no dia seguinte foi realizado depósito, de modo que tenho que não houve arrematação e, portanto, não é devida a comissão do leiloeiro.

A arrematação se torna perfeita e acabada com a assinatura do auto pelo juiz, o leiloeiro e o arrematante, conforme a previsão do art. 694 do CPC, vigente à época dos fatos, a saber:

“Art. 694. **Assinado o auto** pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventuário da justiça ou leiloeiro, a arrematação **considerar-se-á perfeita, acabada e irretroatável**, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º A arrematação poderá, no entanto, **ser tomada sem efeito**: (Renumerado com alteração do parágrafo único, pela Lei nº 11.382, de 2006).

I- por **vício de nulidade**; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

II - **se não for pago o preço ou se não for prestada a caução**; Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

(...)

Ante o exposto, **julgo procedente** os embargos à execução para **reconsiderar** o despacho cts fls .469/470 e **excluir a condenação da executada, na comissão do Leiloeiro**.

O Valor existente nos autos deverá ser repassado para outras execuções pendentes de pagamento neste juízo.”

Sustenta o Leiloeiro que a comissão é devida de acordo com o artigo 173 do Provimento Geral Consolidado desse Regional que dispõe:

“Art. 173. Constituirá remuneração do leiloeiro:

I- comissão de **5%** sobre o valor da arrematação, da avaliação no caso de remição se requerida **após a praprou o leilão**, ou da adjudicação, que será paga pelo arrematante, pelo remitente ou pelo devedor, respectivamente, quando for o caso;

(...)

§ 1º. Na hipótese de **acordo ou quitação** do debito, **após a lapublicidade e antes da realização do leilão**, o leiloeiro receberá comissão de **3%** sobre o valor do acmdo ou do pagamento.

(...)

§ 4º. A comissão devida pelo **remitente** será paga no ato da remição e devida pelo executado em se tratando de **adjudicação**, depositada **antes da assinatura da respectiva carta** e paga ao leiloeiro **depois do trânsito em julgado da decisão que a homologar**.

§ 5º. **A homologação do acordo, o deferimento do pedido de remição, ou de arre matação, ficarão condicionados ao integral pagamento de todos os valores devidos ao leiloeiro**.

(...)”

Inicialmente, observo que discussão quanto ao direito do leiloeiro à comissão já estava exaurida desde o despacho de fl. 554 que foi ratificado pela decisão de fl. 559

que sequer conheceu do agravo de petição ora interposto. Observe-se, inclusive, que no despacho de fl. 554 foi reconhecida necessidade de observância do artigo 197 do Provimento Geral Consolidado, que reconhece o crédito do leiloeiro e que dispõe:

“Art. 197. Uma vez deferido o pedido de remição, ficará o requerente obrigado ao pagamento do valor total da execução, devidamente atualizado, no prazo de vinte e quatro horas da intimação do deferimento.
§ 1º. Deferida a remição, a Secretaria da Vara do Trabalho atualizará o valor da condenação, especificando as despesas existentes, **inclusive a comissão do leiloeiro**, se houver.”

Logo, a discussão quanto a ser devida a comissão do leiloeiro está preclusa há tempos.

Ocorre que mesmo assim, o Juízo reiniciou a discussão, tendo acolhido embargos à execução, sem sequer ter havido garantia total da dívida, ora homologada em R\$ 503.527,45 (fl. 682/683).

Assim, deve ser observado o entendimento consignado no despacho de fl. 554, sendo devido os honorários do leiloeiro, pelos serviços prestados, devendo, ainda, serem liberados os valores ora depositados judicialmente (fls. 692/695), devendo, após, a execução prosseguir como de direito entender o Juízo.

Dou provimento ao agravo de petição.

(3) CONCLUSÃO

Concluindo, **conheço** o agravo de petição e, no mérito, **dou-lhe provimento**, nos termos da fundamentação.

É o voto.

ACÓRDÃO

Por tais fundamentos, **ACORDAM** os Desembargadores da Segunda Turma do os integrantes da Egrégia segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Região, conforme certidão de julgamento: aprovar o relatório, conhecer o agravo de petição e, no mérito, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Ementa aprovada.

Brasília (DF), 23 de setembro de 2020 (data do julgamento).

Desembargador
ALEXANDRE NERY DE OLIVEIRA Relator



**PROCESSO n.º 0001688-59.2011.5.10.0017 - ACÓRDÃO 2.ª TURMA/2020
(AGRAVO DE PETIÇÃO (1004))**

RELATORA: DESEMBARGADORA ELKE DORIS JUST

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

AGRAVADA: CASCOL COMBUSTÍVEIS PARA VEÍCULOS LTDA.

ADVOGADO: MARCELO LUIZ ÁVILA DE BESSA

ORIGEM: 17.ª VARA DO TRABALHO DE BRASÍLIA/DF

EMENTA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXECUÇÃO. OBRIGAÇÃO DE FAZER POR PRAZO INDETERMINADO. COMPROVAÇÃO NOS AUTOS. AÇÃO FISCALIZATÓRIA CABE AOS INTERESSADOS, DENTRE ELES AOS ENTES REPRESENTANTES DA CATEGORIA. AUTOS COMO INSTRUMENTO. SENTENÇA COMO TÍTULO EXECUTIVO DESTACADO DOS AUTOS. INSTAURAÇÃO DE EXECUÇÃO EM AUTOS APARTADOS.

O órgão julgador, nos limites da lide da ação civil pública ajuizada, decidirá o caso concreto e definirá as obrigações de fazer ou de não fazer requeridas pelo autor, à vista do ordenamento legal, de forma a coibir a conduta ilícita do réu, impondo-lhe o provimento condenatório e, ainda, eventual astreintes, se ocorrer descumprimento à tutela inibitória deferida. É este o limite de atuação do magistrado, amparado pelo art. 497 do CPC. No caso, houve a comprovação dos quatro primeiros treinamentos realizados, obrigação de fazer secundária, mas persiste aquela principal, qual seja a realização de dois treinamentos por ano. Cumprido o provimento condenatório imediato da sentença, não se justifica a manutenção dos autos em estado de perpetuação, mas permanece a eficácia do título

executivo. Apesar de ser do cotidiano da Justiça do Trabalho que o juízo provoque as partes regularmente acerca do cumprimento da sentença transitada em julgado, a atuação fiscalizatória quanto às obrigações de fazer/não fazer fixadas em ações de natureza coletiva está afeta aos responsáveis sociais, sejam eles os próprios interessados ou os entes ideológicos. O título judicial neste feito é exequível e cabe aos interessados o acompanhamento do cumprimento das obrigações de fazer determinadas pelo magistrado sentenciante. Eventual mudança de interesse dos atores sociais e o descumprimento de quaisquer das tutelas deferidas comporta a instauração da execução competente em autos apartados. Agravo de petição do Ministério Público do Trabalho conhecido e provido parcialmente para manter o arquivamento definitivo destes autos mas autorizar, desde já, a instauração de execução em autos apartados, com prevenção da Vara de origem em caso de descumprimento da obrigação de fazer principal referente à realização de dois treinamentos ao ano.

RELATÓRIO

O Ministério Público do Trabalho interpõe agravo de petição contra a decisão às fls. 3.087/3.088, proferida pelo juiz Marcos Alberto Reis, da 17.^a Vara do Trabalho de Brasília/DF, que indeferiu o pedido do *parquet* de prosseguimento da execução quanto ao acompanhamento do cumprimento da obrigação de fazer fixada na decisão

transitada em julgado.

Sustenta o MPT que a obrigação de fazer consistente na realização de, no mínimo, dois treinamentos ao ano para os empregados que trabalham nas pistas de abastecimento da rede de postos da executada possui natureza continuada, de forma que é necessária periódica fiscalização pelo *parquet*, sendo indevido o arquivamento definitivo do feito. Requer, assim, seja dado prosseguimento à execução (fls. 3.096/3.104).

A executada ofertou contraminuta às fls. 3.108/3.111.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, por ser o autor da ação civil pública.

É o relatório.

VOTO

ADMISSIBILIDADE

O agravo de petição e a contraminuta são tempestivos e regulares, estando a contraminuta subscrita por procurador constituído nos autos (fls. 1.449 e 2.811). Inexiste, no caso, condenação pecuniária em execução.

Porque presentes os demais pressupostos de admissibilidade, conheço do agravo de petição do Ministério Público do Trabalho e da contraminuta da executada.

**OBRIGAÇÃO DE FAZER.
COMPROVAÇÃO NOS AUTOS. AÇÃO
FISCALIZATÓRIA. DESCUMPRIMENTO**

POSTERIOR. INSTAURAÇÃO DE EXECUÇÃO EM AUTOS APARTADOS

Insurge-se o Ministério Público do Trabalho contra a determinação de remessa dos autos ao arquivo definitivo. Sustenta que a obrigação de fazer consistente na realização de, no mínimo, dois treinamentos ao ano para os empregados que trabalham nas pistas de abastecimento da rede de postos da executada possui natureza continuada, o que requer periódica fiscalização pelo parquet, sendo devido o prosseguimento da execução. Aponta para o fato de que a obrigação de fazer determinada no título judicial transitado em julgado tem caráter pedagógico e a repetição do treinamento se justifica pela rotatividade do quadro de empregados da executada. Argumenta, ainda, que com o arquivamento definitivo do processo a empresa estaria desobrigada definitivamente do cumprimento da obrigação judicial, assim como haveria violação à coisa julgada e esvaziamento da efetividade da decisão. Alega que o acolhimento de pretensões em ação civil pública traduz, em regra, duração por prazo indeterminado e o cumprimento das obrigações fixadas pelo julgador se projetam indefinidamente no tempo. Reporta-se ao sincretismo processual que autoriza o cumprimento da decisão no próprio processo, mediante a instauração da fase de execução nos mesmos autos em caso de descumprimento. Transcreve julgados de outros Tribunais Regionais sobre a matéria. Requer, assim, seja dado prosseguimento à execução (fls. 3.096/3.104).

Examino.

No caso, o magistrado sentenciante

julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação civil pública e definiu como provimento condenatório as seguintes obrigações (fls. 1.669/1.670):

I - no prazo de 30 dias a contar do trânsito em julgado da sentença, sob pena de multa diária de R\$ 5000,00, realizar análise ergonômica das atividades de frentista, em conformidade com o item 17.1.2 da NR-17, com o objetivo de: a) indicar o quantitativo mínimo de assentos a serem disponibilizados para cada posto/estabelecimento, aos frentistas para atendimento do item 17.3.5 da NR-17; b) indicar os locais da área de abastecimento em que tais assentos devam permanecer, considerando que, ao usá-los os empregados estejam protegidos de acidentes e de exposição ao sol e à chuva;

II - comprovar nos autos, no prazo máximo dos 40 dias da decisão, a realização da análise ergonômica nos moldes acima, sob pena de multa diária no importe de R\$ 5000,00;

III - no prazo de 15 dias da implantação dos itens anteriores, a empresa deverá realizar treinamento com todos os empregados que trabalham nas pistas de abastecimento da rede de postos, sob pena do pagamento de multa diária de R\$ 5000,00, sendo que o treinamento deverá: a) informar e conscientizar os empregados de que devem utilizar os assentos durante o serviço, nas pausas naturais que ocorrem entre os abastecimentos de veículos; b) informar os empregados sobre os riscos à saúde pela permanência na posição em pé durante toda a jornada de trabalho;

IV - o treinamento deverá ser realizado, no mínimo, duas vezes ao ano, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 5000,00 por cada treinamento não realizado, sendo

que a reclamada deverá comprovar os treinamentos nos autos (os 4 primeiros), sob pena de multa diária de R\$ 5000,00;

V - não poderá a reclamada permitir, tolerar ou submeter seus empregados por meio de seus prepostos ou superiores hierárquicos, a situações que evidenciem constrangimento ou proibição, ainda que velada, à utilização de assentos nas pausas permitidas pelos serviços, sob pena de pagamento de multa de R\$ 5000,00 por cada infração;

VI - proceder à divulgação da sentença por meio de cartazes e boletins informativos (desnecessária a divulgação por outros meios de comunicação), sob pena de multa de R\$ 5000,00. (destaquei)

Na decisão de embargos de declaração foram prestados esclarecimentos pelo juízo de origem, entre os quais, destaco o que se segue (fls. 1.724):

Esclarece-se que a apuração do cumprimento se dará em sede de execução, sendo concedida oportunidade para a empregadora produzir prova do adimplemento, inclusive oral, se for o caso. Os descumprimentos deverão ser comunicados e comprovados pelo autor, sendo que o Juízo avaliará as alegações nos termos do art. 131, do CPC, sendo isso feito no curso do processo de execução (cf. fls. 1024).

Negado provimento ao recurso ordinário interposto pela executada (fls. 1.799/1.808), o recurso de revista teve seu seguimento denegado, conforme decisão à fls. 1.842/1.846, contra o qual não houve novo apelo. Persistem, portanto, íntegros os comandos do juízo de origem.

Iniciou-se, então, o cumprimento da

sentença.

A executada comprovou o atendimento das obrigações de fazer fixadas nos itens I e II (fls. 1.853/1.856; 1.896/1.897; 2.046/2.047, 2.493/2.494) em estreito diálogo com o MPT (fls. 2029/2033, 2488/2489 e fls. 2.510/2.511) e que foi promovido pelo juízo da execução.

Para os itens III e IV, duas foram as obrigações fixadas na decisão transitada em julgado, sendo a mais ampla, a obrigatoriedade da realização de dois treinamentos por ano e, a acessória, quanto à necessidade de comprovação nos autos dos quatro primeiros treinamentos.

E assim procedeu a executada, observado o trânsito em julgado da decisão em agosto de 2013 (fls. 1.847). O primeiro treinamento foi comprovado às fls. 1.896/1.897, realizado na data de 19/9/2013 (fls. 1.896/2.019); o segundo às fls. 2.526/2.527, em agosto de 2014 (fls. 2.528/2.559), o terceiro às fls. 2.582/2.583, em dezembro de 2014 (fls. 2.584/2.704) e o quarto e último às fls. 2.739//2.740, entre abril a junho de 2015 (fls. 2.742/2.800). Informada pela executada, ainda, a realização de um oitavo treinamento entre novembro e dezembro de 2017 (fls. 2812/2813).

Após a comprovação do segundo treinamento, o MPT afirmou ser continuada a obrigação de fazer fixada na decisão transitada em julgado, o que, no seu entender, obstaria o arquivamento do feito. Requereu, assim, o regular processamento do feito (fls. 2.566/2.568), pedido que foi ratificado às fls. 3.083/3.085.

Sobreveio, então, em 29/3/2019, a decisão ora agravada com a qual o juízo de origem determinou a remessa dos autos ao arquivo definitivo por considerar indevida a continuidade da execução da obrigação de fazer indeterminadamente (fls. 3087/3088).

Feitos tais registros, é certo que a ação civil pública possui como um dos seus objetivos a tutela das ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, nos termos do inciso IV do art. 1.º da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985.

Nesse contexto, o órgão julgador, nos limites da lide, decidirá o caso concreto e definirá as obrigações de fazer ou de não fazer requeridas pelo autor, à vista do ordenamento legal, de forma a coibir a conduta ilícita do réu, impondo-lhe o provimento condenatório e, ainda, eventual astreintes, se ocorrer descumprimento à tutela inibitória deferida. É este o limite de atuação do magistrado, amparado pelo art. 497 do CPC:

Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

A interpretação do comando condenatório, acima de tudo, deve ser útil. A importância das demandas coletivas e a gravidade do descumprimento constatado do ordenamento jurídico com ferimento da organização social exige atuação coerente do Estado e dos agentes de defesa coletiva.

No caso houve a efetiva constatação

de descumprimento do ordenamento jurídico e foi proferida ordem judicial específica. A obrigação de fazer consistente no treinamento está projetada no tempo de forma indeterminada, é o ônus do descumprimento constatado. Por isso persiste o comando de treinamento que coloca o comportamento do empregador em conformidade com o ordenamento.

O provimento secundário na sentença quanto à comprovação nos autos não limita a obrigação de fazer. Apenas delimitou a **obrigação da empresa de ter iniciativa comprobatória nos autos**. Apenas isso.

Uma vez comprovada a quantidade de treinamentos estabelecida na sentença, tem-se que esta obrigação de iniciativa da empresa está cumprida. Entretanto, **persistindo o dever de efetuar os treinamentos, estes deverão ser comprovados sempre que a empresa for instada a tanto, já que persiste, sem limite de tempo, a obrigação de treinamento**.

Este é o conteúdo obrigacional. O título judicial de comando para cumprimento de obrigação para estabelecer conduta conforme com o ordenamento jurídico persiste por tempo indeterminado.

Analisando, agora, o mero aspecto instrumental dos autos que foram remetidos ao arquivo definitivo na decisão recorrida.

Os autos são mero instrumento que contém e transporta a demanda. Na maioria das situações a lide tem fim e também as obrigações dela decorrentes. Em outros casos, a obrigação estabelecida em sentença pode ter prazo indeterminado (inteiramente aberto) ou termo incerto.

Nas obrigações de natureza continuada, “não parece adequado o processo ficar indefinidamente em aberto no aguardo de potencial descumprimento

do comando emergente da coisa julgada” (Desembargador João Luís Rocha Sampaio).

Quando a obrigação estabelecida tem prazo aberto, o dever de acompanhamento do cumprimento da obrigação cabe aos interessados. A vigilância cabe aos destinatários do provimento e aos entes que representam o corpo coletivo e a categoria. Estes são os agentes ideológicos que atuam junto com o Estado na consecução dos fins de cumprimento do ordenamento jurídico.

Sob este ponto de vista, os autos são mero instrumento que, no presente caso, cumpriu seu papel e permitem encerramento, uma vez que houve, por parte da empresa condenada, a iniciativa da comprovação que lhe cabia quanto aos quatro primeiros treinamentos realizados, de forma que o provimento condenatório da sentença, neste aspecto comprobatório limitado à iniciativa da empresa, está cumprido.

Contudo, verifico que não há notícia de descumprimento da obrigação de fazer principal que justifique a manutenção dos autos em estado de perpetuação. Embora no passado coubesse ao juiz regularmente provocar as partes indagando do cumprimento de obrigações, na atualidade do direito processual está permitida a abertura de ação de execução específica em caso de necessidade decorrente de descumprimento da obrigação perene estabelecida em sentença otimizando o trabalho mediante iniciativa das partes. A novidade processual redistribui responsabilidades entre os atores do processo em meio à imensa quantidade de autos.

Nas palavras do Desembargador Mário Macedo Fernandes Caron por ocasião dos debates na sessão de julgamento, **“a sentença é um título que se destaca dos autos, de forma que o título permanece vivo como instrumento de execução a qualquer tempo por qualquer dos atores sociais**

interessados na sua execução”. Com isso pode ser aberta ação de execução e neste caso haverá a prevenção da Vara de origem.

Assim, o encerramento do andamento por mero motivo operacional, racionalizando as atividades burocráticas da Justiça, não extingue o título executivo.

A atuação fiscalizatória quanto às obrigações de fazer/não fazer fixadas em ações de natureza coletiva está afeta aos responsáveis sociais, sejam eles os próprios interessados ou os entes ideológicos, em especial os sindicatos.

Assim, o título judicial é exequível e cabe aos interessados o acompanhamento do cumprimento das obrigações de fazer determinadas pelo magistrado sentenciante. Eventual mudança de interesse dos atores sociais e o descumprimento de quaisquer das tutelas deferidas comporta a instauração da execução competente em autos apartados.

O judiciário, garantidor da ação pedagógica, é agente público oneroso com finalidade julgadora, mas não fiscalizadora de obrigações não pecuniárias, onde condutas ilícitas dos réus devem ser acompanhadas de perto pelos agentes sociais, responsáveis que são pela adoção das medidas executórias delimitadas na coisa julgada.

Assim, não há impedimento para o arquivamento definitivo destes autos, já que não há neles notícia de descumprimento da obrigação de fazer, obrigação principal que é a realização de dois treinamentos ao ano. Que fique claro: a obrigação do treinamento persiste.

Está cumprida nestes autos a obrigação secundária estabelecida na sentença que impôs a iniciativa da empresa de comprovar nestes autos os quatro treinamentos, nos estritos contornos em que foi definida no título judicial transitado em julgado.

Reitero: o título judicial é instrumento de constante fiscalização pelos agentes próprios para tanto e reabertura em apartado quando constatada violação da coisa julgada.

Dou parcial provimento ao agravo de petição do Ministério Público do Trabalho para autorizar a instauração de execução em autos apartados, com prevenção da Vara de origem, em caso de descumprimento da obrigação de fazer principal referente à realização de dois treinamentos ao ano.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, conheço do agravo de petição do Ministério Público do Trabalho e, no mérito, dou-lhes parcial provimento para autoriza instauração de execução em autos apartados, com prevenção da Vara de origem, em caso de descumprimento da obrigação de fazer principal referente à realização de dois treinamentos ao ano, nos termos da fundamentação.

Encaminhe-se cópia do acórdão, para ciência aos sindicatos das categorias profissional e econômica próprios dos autos.

Dê-se ciência à Corregedoria Regional, Escola Judicial e Amatra 10 para fins acadêmicos.

ACÓRDÃO

Por tais fundamentos,

ACORDAM os Desembargadores da Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Região, conforme certidão de julgamento, decidir, por unanimidade, aprovar o relatório, conhecer do agravo de petição do Ministério Público do Trabalho para, no mérito, dar-lhe parcial provimento para autorizar a instauração de execução em autos apartados, com prevenção da Vara de origem em caso de descumprimento da obrigação de fazer principal referente à

realização de dois treinamentos ao ano, nos termos do voto da Desembargadora Relatora. Ementa aprovada.

Encaminhe-se cópia do acórdão, para ciência aos sindicatos das categorias profissional e econômica próprios dos autos.

Dê-se ciência à Corregedoria Regional, à Escola Judicial e à Amatra 10 para fins acadêmicos.

Brasília (DF), sala de sessões, 11 de novembro de 2020.

Assinado digitalmente.
ELKE DORIS JUST
Desembargadora Relatora



Agravo de Petição 0000792-13.2015.5.10.0102

RELATOR: DESEMBARGADOR ALEXANDRE NERY DE OLIVEIRA
AGRAVANTE: WAGNER CANHEDO AZEVEDO FILHO
ADVOGADA: SAMMARA REGINA MARQUES BARREIRO
AGRAVADO: GUSTAVO DA SILVA MOURA
ADVOGADO: CESAR ODAIR WELZEL
ADVOGADO: HEVERTON DE SOUZA MORAES
AGRAVADA: VIPLAN - VIAÇÃO PLANALTO LTDA
ADVOGADA: SAMMARA REGINA MARQUES BARREIRO
AGRAVADA: LOTAXI TRANSPORTES URBANOS LTDA
ADVOGADA: SONIA REGINA MARQUES BARREIRO

EMENTA

DIREITO DO TRABALHO E PROCESSO DO TRABALHO: EXECUÇÃO TRABALHISTA:

INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA (“DISREGARD LEGAL ENTITY”), DIRETA OU INVERSA: APLICAÇÃO DA DENOMINADA “TEORIA MENOR” NO ÂMBITO DA JUSTIÇA DO TRABALHO: DESNECESSIDADE DE EFETIVA OCORRÊNCIA DE GESTÃO FRAUDULENTE DA PESSOA DESCONSIDERADA EM FAVOR DA MERA OCORRÊNCIA DE INSUFICIÊNCIA PATRIMONIAL MANIFESTA DO DEVEDOR EM PROL DE PERSEGUIÇÃO DE SÓCIO OU SUJEITO COLIGADO: CASO DIVERSO DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA POR FORMAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO EM RELAÇÃO À ATRAÇÃO DE RESPONSABILIDADE DE SÓCIO RETIRANTE NO PRAZO LEGAL (CLT, ARTIGO 10-A) OU EM CASO EM FRAUDE OU SIMULAÇÃO DA ALTERAÇÃO ESTATUTÁRIA:

POSSIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DE OFÍCIO DO INCIDENTE PELO JUIZ DA EXECUÇÃO PARA DELIMITAÇÃO DE NOVOS SUJEITOS PASSIVOS DA EXECUÇÃO FRUSTRADA COM AMPLO PODER DE CAUTELA: PECULIARIDADE DO INCIDENTE COMO ARGUIÇÃO PERTINENTE A FASES COGNITIVAS OU PRÉ-EXECUTIVAS EM RELAÇÃO AO ALVO DO INCIDENTE: DISCUSSÃO SOBRE IMPULSO OFICIAL E AMPLO PODER DE CAUTELA DO JUIZ DO TRABALHO, INCLUSIVE EM DECORRÊNCIA DE PESQUISA PATRIMONIAL E ANÁLISE DE DADOS SENSÍVEIS: PRECEDENTES DO STJ E DO TST: CUMPRIMENTO DE SENTENÇA COMO NECESSÁRIA EXPRESSÃO DA AUTORIDADE DO ESTADO-JUIZ: INEXISTÊNCIA DE CAMPO PARA FUGA DE DEVEDORES EM DETRIMENTO AO COMANDO REPARATÓRIO CONTIDO NA COISA JULGADA: IN DEVIDO PREJUÍZO À SATISFAÇÃO DO CRÉDITO RECONHECIDO JUDICIALMENTE AO TRABALHADOR: CONSAGRAÇÃO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL E DA EFETIVAÇÃO DA TUTELA ENUNCIADA PELA JUSTIÇA DO TRABALHO: FINALIDADE DO INSTITUTO E NATUREZA DO INCIDENTE PROCESSUAL: CASOS DE RECORRIBILIDADE IMEDIATA E OUTROS MODOS DE IMPUGNAÇÃO (EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE, EMBARGOS DE DEVEDOR E EMBARGOS DE TERCEIRO): NECESSIDADE DE GARANTIA DE CONTRADITÓRIO AO SUJEITO INDICADO COMO ALVO DA DESCONSIDERAÇÃO DA

PERSONALIDADE JURÍDICA DO EXECUTADO INICIAL: ANÁLISE SISTEMÁTICA DA CLT, ARTIGOS 2º, 10-A, 855-A E 878, CDC, ARTIGO 28, E CPC, ARTIGO 678, § 2º, III.

O título executivo judicial emerge como o decreto enunciativo da lide pelo Estado-Juiz, definindo a razão e delimitando, por vezes, os objetos condenatórios a serem satisfeitos pelo sujeito enunciado como devedor. A sentença, portanto, no sentido amplo, é a enunciação do Poder Judiciário, que não se pode curvar a interesses escusos da parte desinteressada em seu cumprimento, ainda quando condenada, eis que a sentença não apenas se valida como título em prol do credor, mas como ato do Estado, cuja coercibilidade deve decorrer do próprio poder inerente à atuação das instituições constitucionais e não como ato de vontade dos obrigados ao que contido na decisão enunciada como expressão da tutela jurisdicional requerida ou em razão da resistência havida pela parte demandada.

Nesse viés, emerge o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, que não afasta a existência da pessoa jurídica, mas apenas resulta na declaração de ineficácia da personalidade quanto ao isolamento do patrimônio e recursos próprios com os de seus sócios e administradores, inclusive outras empresas, permitindo seja levantado o véu de proteção legal para responsabilizar, em grau maior, além dos limites legais previstos para cada modalidade societária,

outros sujeitos em razão de confusão patrimonial ou por abuso ou indevida gestão empresarial, podendo ainda a desqualificação efetivar-se em sentido inverso.

Ademais, na concepção da teoria menor, direta ou inversa, a desconsideração da personalidade jurídica do sujeito executado para resultar na atração de outrem como sujeito passivo da execução permite enunciar-se não apenas no caso de confusão ou insuficiência patrimonial por abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, para ocorrer também quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, provocados por má administração ou patrimônio insuficiente à satisfação dos créditos reconhecidos judicialmente, sem inibir, ainda, a declaração direta de responsabilidade solidária ou subsidiária em situações específicas vinculadas a grupo econômico ou a persistência temporal de responsabilidade de sócios retirantes, pelo liame expressamente delineado, em caráter objetivo, pela lei de regência (CLT, artigos 2º e 10-A), dispensando a instauração do incidente de desconsideração de personalidade jurídica do executado principal para a inclusão de outros como sujeitos passivos da execução, porquanto a desconsideração exige o incidente em razão de necessária investigação de fatos e de desvios

de gestão ou confusão patrimonial, em análise de aspectos subjetivos e particulares do caso.

No contexto do processo trabalhista, a necessidade de exame de dados sensíveis, por pesquisa patrimonial ou de correlação de responsabilidades entre sujeitos, inclusive de modo dissimulado ou fraudulento, permite considerar a possibilidade de instauração de ofício do incidente, após evidenciadas as hipóteses de responsabilização de terceiro como alvo da execução, inclusive porque o redirecionamento da execução antecede a própria deflagração de atos constritivos ou expropriatórios em relação ao sujeito reconhecido como responsável pela desconsideração de personalidade jurídica do executado principal, a partir de então incidindo a regra do artigo 878 da CLT, mas não antes, sob pena de inviabilizar a própria atividade jurisdicional e a respeitabilidade ao Estado-Juiz, na mesma linha como se opera a mera declaração judicial de sucessão processual ou corresponsabilidade, em grau maior (solidária) ou menor (subsidiária) pelo débito apurado em execução, quanto a integrantes de grupo econômico ou sócios retirantes com responsabilidades residuais em razão do tempo do desligamento da sociedade executada.

Não por menos, seja numa, seja noutra situação, o Juízo da Execução pode exercitar o amplo poder de cautela para assegurar efeito útil

ao processo, assim determinando, cautelarmente, bloqueio de valores ou de patrimônio de sujeito indicado como responsável pela execução, seja diretamente ou indiretamente em caso de responsabilidade societária residual, seja ainda por via excepcional decorrente de desconsideração de personalidade jurídica, porque o bloqueio cautelar não emerge como resultado da via eleita para alcançar o responsável pela execução, mas para resguardar que a própria discussão da responsabilidade não desqualifique a responsabilidade por eventual perda da capacidade de responder pela dívida, sob qualquer viés.

Cabe observar, por fim, que o sujeito reconhecido como alvo da execução, por redirecionamento, em razão de incidente de desconsideração de personalidade jurídica ou por declaração judicial direta à conta de formação de grupo econômico ou responsabilidade residual de sócio retirante, adentra no processo no estado em que se encontrar, sem repetição de atos processuais já antes realizados ou preclusos aos sujeitos principais da execução, senão para discutir a regularidade da inclusão no feito e para garantir seus próprios bens em fase específica de constrição e expropriação, a partir do redirecionamento da execução em curso.

Caso concreto: situação de regularidade formal e material do incidente, com circunstância de

aceitação do recorrente à qualificação como responsável pela execução enquanto delimitado o apelo, no mérito, apenas quanto à questão de suposta indisponibilidade patrimonial e existência de constrição antecedente suficiente à execução, aspectos não demonstrados pelo agravante.

Agravo de petição conhecido, preliminares de nulidade rejeitadas e, no mérito, desprovido.

RELATÓRIO

Contra a decisão da lavra do Exmo. Sr. Juiz Maurício Westin Costa, na MM. 2ª Vara do Trabalho de Taguatinga/DF, que acolheu o incidente de desconsideração de personalidade jurídica para inclusão como executado de Wagner Canhedo Azevedo Filho, com os acréscimos decorrentes de decisão em sede de embargos de declaração, interpôs agravo de petição o alvo da desconsideração postulando a reforma do julgado.

Contrarrazões apresentadas.

Dispensado o parecer ministerial, na forma regimental.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

(1) ADMISSIBILIDADE

O agravo de petição interposto é tempestivo e regular, considerando o efeito específico decorrente do artigo 855-A, II, da CLT, inclusive observando que os documentos

juntados foram reprisados em petição de setembro/2019, estando os documentos, por posteriores à decisão agravada, passíveis de exame em razão do recurso interposto: **conheço o agravo de petição.**

As contrarrazões oferecidas são intempestivas, eis que, conquanto intimada por publicação em 05/03/2019, apenas vieram apresentadas em 08/04/2019: **não conheço a contraminuta ao agravo.**

(2) PRELIMINARES:

a) arguição de nulidade por negativa de completa prestação jurisdicional:

O Agravante suscita haver vício na decisão recorrida por falta de manifestação acerca da discussão pertinente à necessária reunião da demanda com o processo-piloto 0059100-52.2009.5.10.0102, ante decisão proferida em 08/10/2018, antes da decisão agravada, que teria determinado a reunião de todas as demandas, tanto em fase de cognição quanto de execução.

Inicialmente, observo que a decisão agravada foi alvo de embargos de declaração em que a parte ora Agravante não tece qualquer consideração a respeito do objeto ora indicado como omitido no julgado de origem, o que já seria suficiente à rejeição da preliminar.

Igualmente, o tema sequer fora ventilado antes quando da impugnação oferecida pelo Agravante ao incidente que o indicara como alvo para a desconsideração da personalidade jurídica de empresa executada.

Não bastasse isso, e a par de colacionado com o apelo cópia dos autos do processo indicado como “piloto”, simplesmente não veio junto a decisão alegada de que o MM. Juízo de origem determinara a reunião de execuções envolvendo as empresas ora Executadas.

Por isso, sequer tendo havido regular provocação da parte Agravante, não emerge a nulidade alegada.

Rejeito a preliminar.

b) arguição de nulidade por autuação nos autos principais:

Conquanto apresentada como tema de mérito, há alegação de vício na não-promoção do incidente em autos apartados, assim invocando o contido no artigo 134, § 4º, do CPC e no artigo 855-A da CLT, indicando ter sido a instauração anterior ao Provimento CGJT-1/2019, pelo que examino a arguição em preliminar.

Inicialmente, observo que o incidente antecede a Lei nº 13.467/2017, pelo que não cabe invocar preceito processual posterior. De todo modo, não há no referido preceito processual trabalhista a indicação de que o incidente deva ser formado em autos suplementares, nem assim, ainda, descreve o artigo 134, § 4º, do CPC.

Doutro lado, a Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho já sinalizou a recomendação de que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica deve ser processada nos próprios autos do processo de conhecimento ou de execução em

que instaurado, com os efeitos suspensivos pertinentes que não se confundem com tramitar em autos próprios, com a devida vênia.

Não há vício na autuação.

Rejeito a preliminar.

c) arguição de nulidade por instauração de ofício do idpj:

Conquanto colacionada como se tema de mérito, o Agravante busca a nulidade da instauração do incidente por ato de ofício do Juiz da Execução, pelo que examino em sede preliminar, como devido.

No caso sob exame, o incidente foi instaurado após o advento da Lei nº 13.467/2017 que inseriu na CLT o artigo 855-A a regular o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, remetendo procedimentos ao contido no CPC, por decisão de ofício do Exmo. Sr. Juiz Maurício Westin Costa, após esgotados os meios de execução em face da empresa Executada, assim para desviar-se a execução ao sócio referido, ora Agravante, que, no agravo de petição, invoca a nulidade do impulso havido em razão de estar a parte Exequente, ora Agravada, assistida por advogada.

Por partes.

A Lei nº 13.467/2017 delimitou a exigência da instauração da execução mediante expresse requerimento do exequente, exceto quando exercente de “jus postulandi” (CLT, artigo 878).

Com relação ao incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, ao instante em que delimitou os procedimentos aplicáveis conforme o contido no CPC, artigos 133 a 137, e inclusive a possibilidade de concessão de tutela cautelar para assegurar-lhe efeito útil, conforme artigo 301 do CPC, não descreveu a CLT, artigo 855-A, conforme inserido pela Lei nº 13.467/2017, a exigência de requerimento da parte para a instauração.

Inicialmente, cabe observar que o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica é arguição que não se aplica apenas no campo das execuções, também podendo ser utilizada em fase de cognição processual, além de estar situada antes da efetiva deflagração da execução em relação ao sujeito alvo da desconconsideração.

Com efeito, nesse primeiro aspecto processual, cabe notar que o incidente situa-se fora do marco executivo próprio, como ocorre com a liquidação processual que se enuncia como complemento da sentença, tanto que pode vir líquida de imediato, sem necessidade de requerimento da parte para tanto, ou vir depois liquidada por ato de ofício do Juiz, antecedendo a própria instauração da execução, que depende que o título executivo esteja não apenas certo, mas líquido para a exigibilidade plena das obrigações de pagar. Não se há, nesse contexto, como exigir que a liquidação dependa de prévio requerimento da parte exequente, sob pena de perturbar a própria sentença líquida como substrato do ato judicial, quando assim ocorrente, pelo que igualmente o complemento posterior do que poderia ser feito em sede cognitiva não pode envolver nulidade do ato de liquidação posterior da sentença.

De modo similar, nesse efeito primeiro, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, quanto instaurado em fase de execução, denota circunstância diferida em relação ao alvo do incidente, porque situa-se em momento antecedente ao próprio eventual redirecionamento da execução, na delimitação de ser ou não o sujeito indicado propriamente capaz de situar-se como responsável pela execução, no lugar ou ao lado da pessoa executada.

Nesse sentido, **o incidente de desconsideração da personalidade jurídica emerge como efetivo redefinidor dos sujeitos para a execução a ser instaurada ou redirecionada, afetando os campos das partes legitimadas a responder em Juízo e mais especificamente a responder pela condenação já antes declarada em sentença transitada em julgado ou a ensejar execução provisória.**

Não por menos, repito, o incidente pode ser arguido também em fase de cognição, exatamente para ensejar a correção dos sujeitos responsáveis pela eventual condenação, ou já para responderem pela condenação definida, provisoriamente ou em definitivo.

Mas, conquanto já entenda fosse essa **circunstância suficiente a desqualificar o contido no artigo 878 da CLT como a exigir o impulso oficial para o incidente**, no que se afasta a nulidade invocada sob o manto de que não poderia o Juízo de origem determinar o redirecionamento da execução ao ora Agravante, cabe denotar **aspectos processuais outros** que se somam para desqualificar a nódoa pretendida pela parte

indicada como alvo da desconsideração de personalidade jurídica da empresa Executada, dadas as teorias regentes do tema.

Com efeito, nesse exame complementar, a questão parece, com a devida vênia, situar-se na exegese de que **a desconsideração da personalidade jurídica, no âmbito trabalhista, regula-se pela aplicação do contido no artigo 28 da Lei 8.078/1990 - CDC, regulador da denominada “teoria menor”, que delimita a possibilidade de atuação de ofício do juiz e hipóteses diversas de desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada:**

“CDC:

Art. 28. O juiz poderá **desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.**

§ 1º (VETADO).

§ 2º **As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.**

§ 3º **As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.**

Na contrapartida da denominada “teoria maior”, o Código Civil, artigo 50, conforme redação dada pela Lei nº 13.874/2019, enuncia requisitos diversos:

“CC:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.

§2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por:

I- cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa;

II- transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e

III- outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

§ 3º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º

deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica.

§ 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.

§ 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica.”

A redação anterior do artigo 50 do Código Civil não delimitava certos conceitos e efeitos, como a redação vigente, restringindo-se então a asseverar que **“Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”**

Não obstante a regra atual do Código Civil, não se há sequer que passear pelo contraponto com a redação anterior, porque parece-me estar a questão da incidência do instituto, no âmbito trabalhista, conforme jurisprudência, situada na incidência do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, pelo paralelismo entre o trabalhador e o consumidor nas relações de regência, independentemente de situar-se a questão sob o manto individual, plúrimo ou coletivo.

A partir dessa consideração, é imperioso perceber que a incidência do preceito normativo (CDC, artigo 28) se perfaz, no âmbito da Justiça Comum, nas causas decorrentes de relações de consumo, por exame de ofício do Juiz de Direito, não sendo razoável exigir-se, nas causas decorrentes das relações de trabalho, requerimento da parte no âmbito da Justiça do Trabalho, mais ainda quando a discussão passa a resultar de análises de pesquisa patrimonial, cujos dados sensíveis nem sempre se podem apresentar, por completo, às partes, para o fim de requerer a instauração de incidente, na consideração de preservar dados sigilosos que por vezes se coligam a outros descobertos, como nos casos de investigação e pesquisa patrimonial sob o comando judicial.

Nesse efeito, parece-me que a redação do artigo 13 da IN/TST-41/2018 contem equívoco ao inserir a instauração de incidente de desconsideração de personalidade jurídica apenas mediante expresse requerimento do exequente, não apenas porque o artigo 855-A da CLT antecede a enunciação dos efeitos contidos no artigo 878 da CLT, como, ainda, porque a exegese da teoria menor decorrente do artigo 28 do CDC se perfaz sob moldes diversos, inclusive assim no âmbito trabalhista.

Não por menos, o atual Provimento Geral Consolidado, de 2019, expurgou a exigência de impulso oficial para o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, limitando-se a indicar as providências necessárias após a instauração, sem definir dependam de requerimento da parte, excetuado os casos de “jus postulandi”, como

ocorre para a execução propriamente dita (artigo 88).

Ademais, cabe notar que o Provimento Geral Consolidado, emitido pela Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho em 2019, exige conduta proativa do Juiz do Trabalho no sentido de investigação patrimonial do devedor para fins de satisfação do crédito reconhecido em sentença trabalhista, por execução provisória ou definitiva:

“Provimento Geral Consolidado, de 2019:

(...)

Art. 29. Compete ao corregedor regional:

(...)

III - apurar e controlar a regularidade na utilização das ferramentas eletrônicas de pesquisa patrimonial pelos juízes titulares, auxiliares e substitutos, em especial nas correições ordinárias, cumprindo-lhe adotar, se for o caso, as providências administrativas para orientação dos juízes e coibição de irregularidades detectadas;

(...)

Art. 108. Cabe ao juiz, na fase de execução:

(...)

I - ordenar a pronta liberação do depósito recursal, em favor do reclamante, independentemente de requerimento do interessado, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, desde que o valor do crédito trabalhista seja inequivocamente superior ao do depósito recursal ou incontroverso, prosseguindo a execução depois pela diferença; II - promover a realização semanal de audiências de conciliação em processos na fase de execução, independentemente de requerimento das partes, selecionando-se aqueles com maior

possibilidade de êxito na composição;

III - determinar a revisão periódica dos processos em execução que se encontrem em arquivo provisório, com a execução suspensa, a fim de renovar providências coercitivas, por meio da utilização dos Sistemas Eletrônicos de pesquisas patrimonial, valendo-se, se for o caso, da aplicação subsidiária dos artigos 772 a 777 do CPC.

Art. 109. Exauridas em vão as referidas medidas coercitivas, impulsionadas pelo magistrado ou requeridas pela parte, a remessa ao arquivo provisório de autos de processo em execução será precedida de lavratura de certidão do diretor de secretaria, da qual constará o insucesso dessas medidas complementares e a inexistência de depósito judicial ou recursal, de cujo teor deverá ser intimado o exequente.

(...)

Art. 121. Satisfeitos os créditos dos processos, a disponibilização de qualquer saldo existente em conta judicial ao devedor de créditos trabalhistas deve ser precedida de ampla pesquisa no Setor de Distribuição de Feitos, nos sistemas de gestão de processos judiciais anteriores ao PJe de cada Tribunal Regional do Trabalho e no sistema do Banco Nacional de Débitos Trabalhistas (BNDT), a fim de identificar processos que tramitem em face do mesmo devedor.

§ 1º Havendo processos ativos pendentes na mesma unidade judiciária, o magistrado poderá remanejar os recursos para quitação das dívidas, após o que procederá ao arquivamento definitivo do processo já quitado, desvinculando-o da conta judicial ativa.

(...)

Art. 126. Em execução definitiva por quantia certa, se o executado, regularmente citado, não efetuar o pagamento do débito nem garantir a execução, conforme dispõe o artigo 880 da CLT, o juiz deverá, de ofício ou a requerimento da parte, emitir ordem judicial de bloqueio mediante o Sistema BACEN JUD, com precedência sobre outras modalidades de constrição judicial.

(...)

Art. 150. São atribuições do juízo centralizador do PRE:

I- acompanhar o processamento do PRE, mantendo comunicação com o órgão competente para gestão do procedimento, conforme definido pela organização administrativa do Tribunal Regional;

II- promover de ofício a identificação dos grandes devedores e, se for o caso, dos respectivos grupos econômicos, no âmbito do Tribunal Regional, cujas execuções poderão ser reunidas para processamento conjunto através da instauração do Regime Especial de Execução Forçada (REEF), utilizando-se de todas as ferramentas eletrônicas de investigação patrimonial disponíveis por meio de processo piloto indicado pelo juízo centralizador;

III- coordenar ações e programas que visem à efetividade da execução. (...)

Art. 154. O Regime Especial de Execução Forçada (REEF) consiste no procedimento unificado de busca, constrição e expropriação, com vistas ao adimplemento da dívida consolidada de devedor com relevante número de processos em fase de execução, como medida de otimização das diligências executórias, doravante realizadas de forma

convergente, mediante a utilização de processo piloto.

§ 1º O Regime Especial de Execução Forçada (REEF) poderá originar-se: I - do insucesso do Plano Especial de Pagamento Trabalhista (PEPT);

II- por meio de requisição das Unidades Judiciárias de 1º e 2º graus do Tribunal Regional; ou

III- por iniciativa do órgão centralizador de execuções no Tribunal Regional.

§ 2º Em caso de solicitação pelas unidades judiciárias, deverá ser observado o número mínimo de inclusões do devedor no BNDT e o limite de solicitações por unidade, parâmetros a serem definidos pelos Tribunais Regionais. Na ausência de Fonte: Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho: caderno judiciário do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, DF, n. 2876, p. 18-44, 19 dez. 2019. regulamentação, tais variáveis poderão ser definidas pelo órgão centralizador de execuções no Tribunal Regional.

§ 3º A solicitação pelas unidades judiciárias deverá vir acompanhada de certidão comprobatória da utilização, sem sucesso, das ferramentas básicas de pesquisa patrimonial, nos 3 (três) meses anteriores à requisição, e do protesto do devedor, conforme artigo 517 do Código de Processo Civil.

(...)"

Não parece lógico, e nisso o ato normativo da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho, que sejam compelidos os Juízes do Trabalho à investigação patrimonial e doutro lado se desqualifique o instrumento

de identificação de sujeitos responsáveis pela execução em razão de desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada, assim como a situação da desconsideração inversa, até porque, antes de tudo, a sentença é ato de expressão do Estado-Juiz e não se contém na vontade das partes, mas antes na manifestação coercitiva estatal para a enunciação de vontade substitutiva em prol do encerramento da lide, não apenas em sede cognitiva, mas sobretudo em sede executiva, em prol da eficiência e eficácia do julgado.

Com efeito.

O título executivo judicial emerge como o decreto enunciativo da lide pelo Estado-Juiz, definindo a razão e delimitando, por vezes, os objetos condenatórios a serem satisfeitos pelo sujeito enunciado como devedor.

A sentença, portanto, no sentido amplo, é a enunciação do Poder Judiciário, que não se pode curvar a interesses escusos da parte desinteressada em seu cumprimento, ainda quando condenada, eis que a sentença não apenas se valida como título em prol do credor, mas como ato do Estado, cuja coercibilidade deve decorrer do próprio poder inerente à atuação das instituições constitucionais e não como ato de vontade dos obrigados ao que contido na decisão enunciada como expressão da tutela jurisdicional requerida ou em razão da resistência havida pela parte demandada.

Não por menos, o processo executivo tem passado, no decorrer dos últimos tempos, por uma remodelação inequívoca, sendo demonstração a alteração do contido

no Código de Processo Civil quando antes exige o cumprimento voluntário da sentença pela parte obrigada, passando para critérios de força a execução exigida em razão da inércia da parte demandada em satisfazer as obrigações enunciadas, já assim como expressão estatal do poder coercitivo para exigir do recalcitrante o que contido no julgado delimitado em sentença exequenda.

Na mesma linha, não se pode considerar que o Processo do Trabalho esteja em passo atrás, como se a decisão enunciada pela Justiça do Trabalho se elencasse como mero capricho do devedor a escolher cumprir ou não o comando judicial, ou a permitir-se ocultar-se das obrigações determinadas mediante desvios de condutas processuais, ou mesmo antes, na tentativa manifesta de fraudar credores ou já a própria execução trabalhista, com transferências patrimoniais ou a mera escusa em cumprir o devido, enquanto espera o esvaziamento da capacidade econômico-financeira da empresa em cumprir suas obrigações reconhecidas judicialmente.

Nesse contexto, **a desconsideração da personalidade jurídica de empresa executada não se pode qualificar como ponto de esquecimento dos demais institutos que regulam a execução, inclusive e sobretudo a trabalhista, ante a percepção da importância maior dos créditos alimentícios que enuncia como devidos, decorrentes do trabalho humano inadimplido e assim reconhecido em sentença a cumprir-se voluntariamente pelo devedor, ou ainda sob o manto da força, com o viés necessário a delimitar o ato do Estado como suficiente em si próprio e por atos subsequentes do Juiz.**

Não se quer, por óbvio, assim afastar a consideração de que a parte credora **também** tem responsabilidades processuais na execução trabalhista, inclusive para requerer a instauração da execução em que revela o interesse na perseguição do crédito não satisfeito voluntariamente, agindo em **colaboração** como Estado-Juiz na identificação e localização do devedor ou na indicação de valores e outros bens para constrição e expropriação tendente à satisfação da dívida proclamada judicialmente, mas sem com isso afastar-se a capacidade de o Juiz delimitar sujeitos e passivos aptos ao cumprimento do que enunciado em sentença, inclusive pelo reconhecimento de eventual fraude contra credores (Código Civil, artigos 158 a 165) ou fraude à execução ou conduta atentatória à dignidade da Justiça por ato ou omissão do executado (CPC, artigo 774).

A desconsideração da personalidade jurídica, no âmbito trabalhista, portanto, a teor do artigo 28 do CDC, deve emergir quando, em detrimento direto ou indireto ao crédito do trabalhador, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, ou, ainda, quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, provocados por má administração, resultando que tais ocorrências não podem servir à liberação das obrigações dos sócios atuais ou retirantes em relação a suas obrigações, nem ainda contamina a perseguição de sócios ocultos mascarados sob procurações ou atuações de “laranjas” chamados a assumirem condições dissimuladas, apenas no intuito de transferir-lhes valores e bens ou de manter, sob manto diverso, a administração da

empresa, auferindo resultados por caminhos irregulares enquanto a própria empresa não sustenta seus haveres regulares.

Há que se notar, também a teor do artigo 28 do CPC, que a teoria menor aplicável no âmbito trabalhista deve observar que (1) **“As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes”,** que (2) **“As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes”** e que (3) **“As sociedades coligadas só responderão por culpa”,** sem afastar a possibilidade de desconsideração da pessoa jurídica **“sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados”,** no contexto, inclusive, dos efeitos que decorrem da própria concepção de grupos, a teor do artigo 2º da CLT, seja na anterior redação, seja na vigente decorrente das alterações determinadas pela Lei nº 13.467/2017, observado o conceito de empresa coligada contido no artigo 1097 do Código Civil (**“Consideram-se coligadas as sociedades que, em suas relações de capital, são controladas, filiadas, ou de simples participação”,** definindo, como controlada, **“I - a sociedade de cujo capital outra sociedade possua a maioria dos votos nas deliberações dos quotistas ou da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores; II - a sociedade cujo controle, referido no inciso antecedente, esteja em poder de outra, mediante ações ou quotas possuídas por sociedades ou sociedades por esta já controladas”** e, como coligada ou filiada **“a sociedade de cujo capital outra sociedade participa com dez por cento ou mais, do capital da outra, sem controlá-la.”**).

Nesse sentido, aliás, cabe perceber a significativa alteração empreendida com o acréscimo, pela Lei nº 13.467/2017, do artigo 10-A da CLT, quando assevera que **“O sócio retirante responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas da sociedade relativas ao período em que figurou como sócio, somente em ações ajuizadas até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, observada a seguinte ordem de preferência: I - a empresa devedora; II - os sócios atuais; e III - os sócios retirantes”,** salientando, de todo modo, que **“O sócio retirante responderá solidariamente com os demais quando ficar comprovada fraude na alteração societária decorrente da modificação do contrato.”**

Há que se perceber, no particular, o aspecto diferencial em relação ao contido no artigo 1032 do Código Civil, porque enquanto para as relações cíveis em geral **“A retirada, exclusão ou morte do sócio, não o exime, ou a seus herdeiros, da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores, até dois anos após averbada a resolução da sociedade; nem nos dois primeiros casos, pelas posteriores e em igual prazo, enquanto não se requerer a averbação”,** no âmbito trabalhista o novel artigo 10-A é inequívoco quando define como marco do biênio de responsabilização a propositura de ações trabalhistas e não a constituição da obrigação, considerado como marco a averbação da alteração estatutária pela retirada da sociedade, sem prejuízo de desconsideração desse marco temporal quando haja manifesta fraude ou simulação na alteração societária.

Percebe-se, nesse efeito, que **o chamamento à responsabilidade do**

sócio retirante não envolve necessária desconsideração da personalidade jurídica, mas a mera assunção em segundo plano das obrigações definidas em sentença decorrente de demanda proposta até dois anos após averbada a alteração do contrato social da empresa, desde que não tenha sido a alteração empreendida de modo fraudulento, caso em que a responsabilidade se opera em mesmo plano que os demais devedores, observando-se, na hipótese de responsabilização subsidiária pelas obrigações sentenciais, o terceiro grau na preferência pela assunção da dívida declarada judicialmente.

Ora, o **contraponto essencial**, então, delinea-se no **limite da responsabilidade**, porque o **Código Civil define que apenas o patrimônio da empresa deve responder pelas dívidas das empresas de responsabilidade limitada, não se confundindo com o patrimônio do sócio, mediante responsabilidade direta da lei ou específica do contrato social, nos limites próprios de cada espécie, exceto em caso de fraude na constituição societária ou na gestão da administração da empresa** (empresa individual de responsabilidade limitada - EIRELI: artigo 980-A, § 7º; sociedade em conta de participação, sócio ostensivo: artigo 991 e parágrafo único; sociedade em nome coletivo: artigo 1039, parágrafo único; sociedade em comandita, sócio comanditados em relação aos comanditários: artigo 1045; sociedade limitada - LTDA, inclusive a sociedade unipessoal: artigo 1052; sociedades anônimas, no limite do preço de emissão das ações: artigo 1088; sociedades em comandita por ações em relação aos sócios diretores: artigo 1091; sociedades

cooperativas: artigo 1095).

Cabe notar que o **artigo 10-A da CLT estabelece ressalva expressa em relação ao artigo 997, VIII, do Código Civil, porquanto não admite os efeitos do contrato social como excludente de responsabilidade dos sócios, solidária ou subsidiariamente, admitido na legislação cível e repudiada no âmbito trabalhista, enquanto ambas as normas legais se afinam nos efeitos das fraudes a resultar responsabilização dos sócios solidariamente com a pessoa jurídica, conforme expõe o artigo 1009 do Código Civil.**

Na sequência, e no que importa em relação ao Direito do Trabalho e à responsabilização na seara do Processo do Trabalho, há que se perceber o contido nos artigos 1022 a 1027 do Código Civil, que regulam as relações societárias com terceiros:

“Art. 1.022. A sociedade adquire direitos, assume obrigações e procede judicialmente, por meio de administradores com poderes especiais, ou, não os havendo, por intermédio de qualquer administrador.

Art. 1.023. Se os bens da sociedade não lhe cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária.

Art. 1.024. Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais.

Art. 1.025. O sócio, admitido em sociedade

já constituída, não se exime das dívidas sociais anteriores à admissão.

Art. 1.026. O credor particular de sócio pode, na insuficiência de outros bens do devedor, fazer recair a execução sobre o que a este couber nos lucros da sociedade, ou na parte que lhe tocar em liquidação.

Parágrafo único. Se a sociedade não estiver dissolvida, pode o credor requerer a liquidação da quota do devedor, cujo valor, apurado na forma do art. 1.031, será depositado em dinheiro, no juízo da execução, até noventa dias após aquela liquidação.

Art. 1.027. Os herdeiros do cônjuge de sócio, ou o cônjuge do que se separou judicialmente, não podem exigir desde logo a parte que lhes couber na quota social, mas concorrer à divisão periódica dos lucros, até que se liquide a sociedade.”

Afinal, retornando ao tema, a desconconsideração da personalidade jurídica é o fenômeno pelo qual a empresa ou equivalente, embora ainda existindo, perde relevo na assunção da responsabilidade em prol do alvo identificado como a assumir o patrimônio empresarial ou seus resultados, de modo impróprio, ou que, por conduta indevida, contribuiu para a derrocada patrimonial e financeira da empresa, embora ainda possuindo, tais sócios, ainda que dissimulados, patrimônio e recursos econômicos ou financeiros capazes de suportar as dívidas da empresa, inclusive além dos patamares societários de responsabilidade, porque, cabe repetir, em relação aos terceiros, “**Se os bens da**

sociedade não lhe cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária” (CC, artigo 1023), apenas emergindo ordem de preferências (CC, artigo 1024), na linha, aliás, enunciada também na CLT, artigo 10-A, exceto, por óbvio, quando a própria empresa tenha sua personalidade desconconsiderada de modo a resultar na inversão da ordem preferencial de responsabilidade, em caso de responsabilidade subsidiária, porque na responsabilidade solidária tais preferências não se operam por situados todos, empresa e sócios, em mesmo plano obrigacional, ou ainda quando a própria quebra se perfaz por erro de gestão, transmutando a responsabilidade antes subsidiária ou limitada do sócio em responsabilidade solidária e ilimitada perante terceiros, como os credores trabalhistas.

O mero chamamento do sócio ou ex-sócio à responsabilidade, portanto, não emerge decorrente de desconconsideração de personalidade jurídica quando se perfaz sob manto do grau próprio da responsabilidade societária definida e no plano subsidiário descrito pelo artigo 10-A da CLT, enquanto resulta a inversão da ordem e desconconsideração da existência antecedente da empresa como regulador de precedências na exigência de declaração judicial de desconconsideração da personalidade jurídica da empresa devedora.

E mais: **a desconconsideração da personalidade jurídica não se percebe como fruto apenas de provocação da parte mediante incidente, porque o próprio Código de Processo Civil estabelece hipótese em que o sujeito é alvo de desconconsideração de**

personalidade jurídica sem prévio incidente.

Com efeito, o artigo 674, § 2º, III, do CPC, define hipótese de oposição de embargos de terceiro por “quem sofre constrição judicial de seus bens por força de desconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte”, assim revelando que pode haver desconsideração de personalidade jurídica sem prévio incidente ou com efeitos além de alvos delimitados no incidente, resultando, de igual modo, declaração de desconsideração de personalidade jurídica sem prévia instauração do incidente.

Afinal, se a desconsideração não fosse admitida fora de incidente para tal desiderato, o efeito seria a nulidade da declaração sem prévio incidente e não a possibilidade de oposição de embargos de terceiro por quem repudia a responsabilização patrimonial por obrigação de empresa qualquer.

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica se construiu doutrinariamente e normativamente para afastar os casos de abuso da personalidade jurídica, transferindo a pessoas naturais ou a outras pessoas jurídicas a responsabilidade pelas obrigações assumidas e não satisfeitas em razão de equívocos de conduta na gestão da empresa ou ainda por gestão fraudulenta ou simulada, com ou sem transferência patrimonial e financeira em prol de terceiros.

Contudo, nos casos em que a corresponsabilidade decorre diretamente de preceito de lei, sem necessidade de exame da circunstância especial ensejadora da desconsideração da personalidade jurídica,

não há exigência do decreto judicial, de ofício ou em decorrência de incidente instaurado por parte interessada ou pelo Ministério Público, porque as questões afetas à legitimidade para atuar ou para responder pelas obrigações, em razão de preceitos legais de ordem material ou processual, são examinadas pelo Juiz independentemente de provocação para manter íntegra a relação jurídico- processual que justifica a atuação do Estado-Juiz, exceto quando se percebe situação inerente à necessidade de desconsideração de personalidade jurídica para elencar responsabilidade de grau diverso ao inicialmente previsto para o sujeito corresponsável ou para alcançar, doutro modo, sujeito sequer inicialmente previsto como responsável, em qualquer grau, assim solidária ou subsidiariamente.

Nesse sentido, **a mera discussão de grupos econômicos ou responsabilidades societárias regulares, porque derivados diretamente do contido nos artigos 2º e 10-A da CLT, assim como dos regramentos próprios contidos no Código Civil, não exige desconsideração de personalidade jurídica, exceto quando necessária a alcançar sujeito inicialmente não indicável como responsável ou para estabelecer responsabilidade em grau diverso por decorrência de gestão imprópria da empresa em desconsideração ou por manifesta confusão patrimonial com a da empresa em que sócio, sócio retirante ou administrador, ou mesmo quando se revela mera cooptação para dissimular transferência patrimonial indevida a outrem.**

Não se pode, cabe alertar, confundir a hipótese de desconsideração de personalidade jurídica sem prévio incidente,

expressamente admitida pelo artigo 674, § 2º, III, do CPC, com eventual vício por falta de contraditório em incidente instaurado, cuja nulidade, então, residiria na falta de contraponto do alvo com a responsabilização pretendida e não pela eventual falta de incidente suscitado por parte interessada ou pelo Ministério Público, quando a declaração de desconsideração emerge por ato de ofício e à margem de incidente.

Repita-se: a situação pertinente à instauração de ofício do IDPJ é vislumbrada pelo Código de Processo Civil como possível, sem enveredar por nulidade da declaração judicial, passível, contudo, de controle por via de embargos de terceiro, ou ainda, como admite o c. Superior Tribunal de Justiça e o c. Tribunal Superior do Trabalho, assim como este egrégio Décimo Tribunal Regional do Trabalho, por via de exceção de pré-executividade ou outra impugnação ao ato judicial declaratório de responsabilidades do sócio, do sócio retirante, do sócio oculto “lato sensu” ou do administrador responsável pela gestão indevida da empresa em relação à perda patrimonial e financeira havida no âmbito da pessoa jurídica assim desconsiderada:

STJ:

“EMENTA:

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. SOCIEDADE EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. JUÍZO UNIVERSAL E JUÍZO TRABALHISTA. CONSTRIÇÃO DE BENS DE SÓCIO DA RECUPERANDA NÃO ABARCADO NO PLANO DE RECUPERAÇÃO.

AUSÊNCIA DE CONFLITO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Consoante a reiterada jurisprudência desta Corte Superior, não existe conflito de competência quando o bem constrito é de propriedade de sócio da empresa em recuperação judicial, em razão da aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, pois, salvo decisão do Juízo da recuperação em sentido contrário, os bens dos sócios ou de outras sociedades do mesmo grupo econômico da devedora não estão sujeitos à recuperação judicial. Precedentes.

2. Agravo interno desprovido.”

STJ - 2ª Seção

Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze
AgInt nos EDcl no CC 155.003/RS Julgado em 22/02/2018

Acórdão publicado em 28/02/2018

“EMENTA:

AGRAVO INTERNO EM CONFLITO DE COMPETÊNCIA - RECUPERAÇÃO JUDICIAL - EXECUÇÃO TRABALHISTA - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA- CONSTRIÇÃO DE BENS DOS SÓCIOS - INEXISTÊNCIA DE CONFLITO - SÚMULA 480/STJ.

1. Não configura conflito de competência, em regra, a constrição de bens dos sócios da empresa em recuperação judicial, à qual foi aplicada, na Justiça Especializada, a desconsideração da personalidade jurídica. Precedentes.

2. Agravo interno desprovido.”

STJ - 2ª Seção

Relator Ministro Marco Buzzi AgInt no CC

155.358/SP Julgado em 23/05/2018

Acórdão publicado em 30/05/2018

“EMENTA:

AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PELA JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPETÊNCIA INDISTINTA DE QUALQUER RAMO DA JUSTIÇA BRASILEIRA. AUSÊNCIA DE INVASÃO DE ATRIBUIÇÕES JUDICIAIS. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. Nos termos da iterativa jurisprudência desta Corte, a Justiça do Trabalho tem competência para decidir acerca da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade em recuperação judicial, pois tal mister não é atribuído com exclusividade a um determinado Juízo ou ramo da Justiça.

2. Agravo interno desprovido.”

STJ - 2ª Seção

Relator Ministro Raul Araújo AgInt no CC

159.470/SP Julgado em 13/03/2019

Acórdão publicado em 18/03/2019

“EMENTA:

REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. SUCESSÃO DE EMPRESAS. GRUPO ECONÔMICO DE FATO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESNECESSIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022, DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA.

I - Impõe-se o afastamento de alegada violação do art. 1.022 do CPC/2015, quando a questão apontada como omitida

pelo recorrente foi examinada no acórdão recorrido, caracterizando o intuito revisional dos embargos de declaração.

II - Na origem, foi interposto agravo de instrumento contra decisão que, em via de execução fiscal, deferiu a inclusão da ora recorrente no polo passivo do feito executivo, em razão da configuração de sucessão empresarial por aquisição do fundo de comércio da empresa sucedida.

III - Verificado, com base no conteúdo probatório dos autos, a existência de grupo econômico e confusão patrimonial, apresenta-se inviável o reexame de tais elementos no âmbito do recurso especial, atraindo o óbice da Súmula n. 7/STJ.

IV- A previsão constante no art. 134, caput, do CPC/2015, sobre o cabimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, na execução fundada em título executivo extrajudicial, não implica a incidência do incidente na execução fiscal regida pela Lei n. 6.830/1980, verificando-se verdadeira incompatibilidade entre o regime geral do Código de Processo Civil e a Lei de Execuções, que diversamente da Lei geral, não comporta a apresentação de defesa sem prévia garantia do juízo, nem a automática suspensão do processo, conforme a previsão do art. 134, § 3º, do CPC/2015. Na execução fiscal “**a aplicação do CPC é subsidiária, ou seja, fica reservada para as situações em que as referidas leis são silentes e no que com elas compatível**” (REsp n. 1.431.155/PB, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 27/5/2014).

V- Evidenciadas as situações previstas nos arts. 124, 133 e 135, todos do CTN, não se apresenta impositiva a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, podendo o julgador determinar diretamente o redirecionamento da execução fiscal para responsabilizar a sociedade na sucessão empresarial. Seria contraditório afastar a instauração do incidente para atingir os sócios-administradores (art. 135, III, do CTN), mas exige-la para mirar pessoas jurídicas que constituem grupos econômicos para blindar o patrimônio em comum, sendo que nas duas hipóteses há responsabilidade por atuação irregular, em descumprimento das obrigações tributárias, não havendo que se falar em desconsideração da personalidade jurídica, mas sim de imputação de responsabilidade

tributária pessoal e direta pelo ilícito.

VI- Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido.”

STJ - 2ª Turma

Relator Ministro Francisco Falcão REsp 1786311/PR

Julgado em 09/05/2019

Acórdão publicado em 14/05/2019

“EMENTA:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OFENSA AOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC/2015. EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS. REDIRECIONAMENTO. PRESUNÇÃO DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA. ART. 50 DO CC. ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REQUISITOS. ALTERAÇÃO DO JULGADO QUE DEMANDA REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO- PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ.

1. Inexiste a alegada negativa de prestação jurisdicional, visto que a Corte de origem apreciou todas as questões relevantes ao deslinde da controvérsia de modo integral e adequado, não padecendo o acórdão recorrido de qualquer violação às normas invocadas.

2. Discute-se a possibilidade de redirecionamento da execução para os sócios de pessoa jurídica pelo pagamento de honorários sucumbenciais, sob o fundamento de que se constatou a dissolução irregular da sociedade.

3. A jurisprudência do STJ firmou a compreensão de que a dissolução irregular não é suficiente, por si só, para o implemento da desconsideração da personalidade jurídica, com base no art. 50 do CC. 4. Consoante o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, “a dissolução irregular de sociedade empresária, presumida ou, de fato, ocorrida, por si só, não está incluída nos conceitos de desvio de finalidade ou confusão patrimonial a que se refere o art. 50 do CC/2002, de modo que, sem prova da intenção do sócio de cometer fraudes ou praticar abusos por meio da pessoa jurídica ou, ainda, sem a comprovação de que houvesse confusão entre os patrimônios social e pessoal do sócio, à luz da teoria maior

da disregard doctrine, a dissolução irregular caracteriza, no máximo e tão somente, mero indício da possibilidade de eventual abuso da personalidade, o qual, porém, deverá ser devidamente demonstrado pelo credor para oportunizar o exercício de sua pretensão executória contra o patrimônio pessoal do sócio” (REsp 1.315.166/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 26.4.2017).

5. Hipótese em que a Corte a quo exarou: “no caso posto, o requerimento para inclusão dos sócios no polo passivo decorreu da simples não localização do executado, situação que não caracteriza qualquer das hipóteses que possam dar ensejo ao reconhecimento do abuso da personalidade jurídica, não havendo prova nos autos da ocorrência dos requisitos específicos autorizadores desta medida excepcional (fl. 253, e-STJ).

6. Rever o posicionamento consignado pelo acórdão recorrido quanto à existência de elementos suficientes para a conclusão acerca da existência da desconsideração da personalidade jurídica, demanda revolvimento de matéria fática, inadmissível na via especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

7. Recurso Especial não provido.”

STJ - 2ª Turma

Relator Ministro Herman Benjamin REsp 1768459/SP

“EMENTA:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DECRETAÇÃO INCIDENTAL. POSSIBILIDADE. EMBARGOS À EXECUÇÃO. AÇÃO AUTÔNOMA. COGNIÇÃO AMPLA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. ALEGAÇÃO. POSSIBILIDADE. COISA JULGADA. ART. 472 DO CPC/1973. NÃO CONFIGURAÇÃO. PRECLUSÃO. ART. 473 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 50 DO CC/2002. REQUISITOS. COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. CONFIGURAÇÃO.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

2. O ato que determina a desconsideração da

personalidade jurídica em caráter incidental no curso de processo de execução não faz coisa julgada, por possuir natureza de decisão interlocutória. Decisões interlocutórias sujeitam-se à preclusão, o que impede a rediscussão da matéria no mesmo processo, pelas mesmas partes (art. 473 do CPC/1973). Precedentes.

3. O trânsito em julgado da decisão que desconsidera a personalidade jurídica torna a matéria preclusa apenas com relação às partes que integravam aquela relação processual, não sendo possível estender os mesmos efeitos aos sócios, que apenas posteriormente foram citados para responderem pelo débito.

4. A jurisprudência do STJ admite a desconsideração da personalidade jurídica de forma incidental no âmbito de execução, dispensando a citação prévia dos sócios, tendo em vista que estes poderão exercer seus direitos ao contraditório e à ampla defesa posteriormente, por meio dos instrumentos processuais adequados (embargos à execução, impugnação ao cumprimento de sentença ou exceção de pré-executividade). Precedentes.

5. Para aplicação da teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do CC/2002), exige-se a comprovação de abuso, caracterizado pelo desvio de finalidade (ato intencional dos sócios com intuito de fraudar terceiros) ou confusão patrimonial, requisitos que não se presumem mesmo em casos de dissolução irregular ou de insolvência da sociedade empresária. Precedentes.

6. Afastada a preclusão indevidamente aplicada na origem, deve ser garantida aos sócios a possibilidade de produzirem prova apta, ao menos em tese, a demonstrar a ausência de conduta abusiva ou fraudulenta no uso da personalidade jurídica, sob pena de indevido cerceamento de defesa.

7. Recurso especial provido.”

STJ - 3ª Turma

Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva
REsp 1572655/RJ

Julgado em 20/03/2018

“EMENTA:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E

PROCESSUAL CIVIL. DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA. EXECUÇÃO CONTRA EMPRESA PERTENCENTE A CONGLOMERADO, CUJO SÓCIO MAJORITÁRIO OU ADMINISTRADOR ALIENOU A QUASE TOTALIDADE DAS COTAS SOCIAIS DA PRINCIPAL EMPRESA DO GRUPO PARA SUA ESPOSA. FRAUDE À EXECUÇÃO. ABUSO DA PERSONALIDADE. CONFUSÃO PATRIMONIAL. ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA. TENTATIVA DE FRUSTRAR A EXECUÇÃO. RISCO DE INSOLVÊNCIA DO DEVEDOR. NECESSIDADE DE PERSEGUIÇÃO DE NOVAS GARANTIAS.

1. Controvérsia em torno da legalidade da desconsideração inversa da personalidade jurídica em relação à empresa recorrente no curso de execução movida contra uma das empresas integrantes do mesmo grupo econômico, mas sem patrimônio para garantia do juízo, em face da transferência pelo sócio majoritário da quase totalidade de suas cotas sociais para sua esposa, ficando somente com a participação de 0,59% na empresa recorrente.

2. A alienação maliciosa para a esposa da quase totalidade de sua participação societária pelo sócio-controlador, co-executado na qualidade de avalista, de empresa-jóia de conglomerado de empresas, integrado pela empresa co-executada, sem patrimônio, em fraude à execução, caracteriza abuso de personalidade jurídica.

3. Legalidade da desconsideração inversa da personalidade jurídica, autorizada pelo art. 50 do Código Civil, que abrange, conforme a jurisprudência desta Corte, as hipóteses de ocultação ou mescla de bens no patrimônio de seus sócios ou administradores.

4. A teoria da “disregard doctrine” surgiu como mecanismo para coibir o uso abusivo da autonomia da pessoa jurídica para a prática de atos ilícitos em detrimento dos direitos daqueles que com ela se relacionam.

5. A comprovação de que a personalidade jurídica da empresa está servindo como cobertura para abuso de direito ou fraude nos negócios, deve ser severamente reprimida.

6. Utilização, no caso, de uma das empresas, a mais importante, do conglomerado de empresas pertencentes ao devedor, integrado pela empresa co-devedora sem patrimônio,

para ocultar bens, prejudicando os credores.

7. Caracterização do abuso de personalidade jurídica, autorizando a medida excepcional. Precedentes do STJ.

8. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.”

STJ - 3ª Turma

Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

REsp 1721239/SP

Julgado em 27/11/2018

Acórdão publicado em 06/12/2018

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA PROFERIDA CONTRA SOCIEDADE LIMITADA. 1. DISTRATO DA PESSOA JURÍDICA. EQUIPARAÇÃO À MORTE DA PESSOA NATURAL. SUCESSÃO DOS SÓCIOS. INTELIGÊNCIA DO ART. 43 DO CPC/1973. TEMPERAMENTOS CONFORME TIPO SOCIETÁRIO. 2. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. FORMA INADEQUADA. PROCEDIMENTO DE HABILITAÇÃO. INOBSERVÂNCIA. 3. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Debate-se a sucessão material e processual de parte, viabilizada por meio da desconsideração da pessoa jurídica, para responsabilizar os sócios e seu patrimônio pessoal por débito remanescente de titularidade de sociedade extinta pelo distrato.

2. A extinção da pessoa jurídica se equipara à morte da pessoa natural, prevista no art. 43 do CPC/1973 (art. 110 do CPC/2015), atraindo a sucessão material e processual com os temperamentos próprios do tipo societário e da gradação da responsabilidade pessoal dos sócios.

3. Em sociedades de responsabilidade limitada, após integralizado o capital social, os sócios não respondem com seu patrimônio pessoal pelas dívidas titularizadas pela sociedade, de modo que o deferimento da sucessão dependerá intrinsecamente da demonstração de existência de patrimônio líquido positivo e de sua efetiva distribuição entre seus sócios.

4. A demonstração da existência de fundamento jurídico para a sucessão da empresa extinta pelos seus sócios poderá ser objeto de controvérsia a ser apurada no procedimento de habilitação (art. 1.055 do

CPC/1973 e 687 do CPC/2015), aplicável por analogia à extinção de empresas no curso de processo judicial.

5. A desconsideração da personalidade jurídica não é, portanto, via cabível para promover a inclusão dos sócios em demanda judicial, da qual a sociedade era parte legítima, sendo medida excepcional para os casos em que verificada a utilização abusiva da pessoa jurídica.

6. Recurso especial provido.”

STJ - 3ª Turma

Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze REsp

1784032/SP

Julgado em 02/04/2019

Acórdão publicado em 04/04/2019

“EMENTA:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULOS EXTRAJUDICIAIS. PRETENSÃO DE AMPLIAÇÃO DO POLO PASSIVO COM BASE NO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DOS DEVEDORES. CONFUSÃO PATRIMONIAL E DE DESVIO DE FINALIDADE. REQUISITOS AFASTADOS PELA CORTE DE ORIGEM. SÚMULA 7/STJ.

1.“A desconsideração da personalidade jurídica é admitida em situações excepcionais, devendo as instâncias ordinárias, fundamentadamente, concluir pela ocorrência do desvio de sua finalidade ou confusão patrimonial desta com a de seus sócios, requisitos sem os quais a medida torna-se incabível” (REsp n. 1.311.857/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13/5/2014, DJe 2/6/2014).

2. A revisão das conclusões alcançadas pela Corte estadual acerca da ausência dos requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica exigiria o reexame de provas, providência vedada pelo óbice do enunciado sumula 7/STJ.

3.AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.”

STJ - 3ª Turma

Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

AgInt no REsp 1678562/SP

Julgado em 08/04/2019

Acórdão publicado em 15/04/2019

“EMENTA:

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E MATERIAIS. OBSERVÂNCIA. CITAÇÃO DOS SÓCIOS EM PREJUÍZO DE QUEM FOI DECRETADA A DESCONSIDERAÇÃO. DESNECESSIDADE. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO GARANTIDOS COM A INTIMAÇÃO DA CONSTRIÇÃO. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. VIA ADEQUADA PARA A DISCUSSÃO ACERCA DO CABIMENTO DA *DISREGARD*. RELAÇÃO DE CONSUMO. ESPAÇO PRÓPRIO PARA A INCIDÊNCIA DA TEORIA MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO. ART. 28, § 5º, CDC. PRECEDENTES.

1.A desconsideração da personalidade jurídica é instrumento afeito a situações limítrofes, nas quais a má-fé, o abuso da personalidade jurídica ou confusão patrimonial estão revelados, circunstâncias que reclamam, a toda evidência, providência expedita por parte do Judiciário. Com efeito, exigir o amplo e prévio contraditório em ação de conhecimento própria para tal mister, no mais das vezes, redundaria em esvaziamento do instituto nobre.

2.A superação da pessoa jurídica afirma-se como um incidente processual e não como um processo incidente, razão pela qual pode ser deferida nos próprios autos, dispensando-se também a citação dos sócios, em desfavor de quem foi superada a pessoa jurídica, bastando a defesa apresentada a posteriori, mediante embargos, impugnação ao cumprimento de sentença ou exceção de pré-executividade.

3.Assim, não prospera a tese segundo a qual não seria cabível, em sede de impugnação ao cumprimento de sentença, a discussão acerca da validade da desconsideração da personalidade jurídica. Em realidade, se no caso concreto e no campo do direito material fosse descabida a aplicação da *Disregard Doctrine*, estar-se-ia diante de ilegitimidade passiva para responder pelo débito, insurgência apreciável na via da impugnação, consoante art. 475-L, inciso IV. Ainda que assim não fosse, poder-se-ia cogitar de oposição de exceção de pré-executividade, a qual, segundo entendimento de doutrina autorizada, não só foi mantida, como ganhou mais relevo a partir da Lei n. 11.232/2005.

4.Portanto, não se havendo falar em prejuízo à ampla defesa e ao contraditório, em razão da ausência de citação ou de intimação para o pagamento da dívida (art. 475-J do CPC), e sob pena de tornar-se infrutuosa a desconsideração da personalidade jurídica, afigura-se bastante - quando, no âmbito do direito material, forem detectados os pressupostos autorizadores da medida - a intimação superveniente da penhora dos bens dos ex-sócios, providência que, em concreto, foi realizada.

5.No caso, percebe-se que a fundamentação para a desconsideração da pessoa jurídica está ancorada em “abuso da personalidade” e na “ausência de bens passíveis de penhora”, remetendo o voto condutor às provas e aos documentos carreados aos autos. Nessa circunstância, o entendimento a que chegou o Tribunal a quo, além de ostentar fundamentação consentânea com a jurisprudência da Casa, não pode ser revisto por força da Súmula 7/STJ.

6.Não fosse por isso, cuidando-se de vínculo de índole consumerista, admite-se, a título de exceção, a utilização da chamada “teoria menor” da desconsideração da personalidade jurídica, a qual se contenta com o estado de insolvência do fornecedor somado à má administração da empresa, ou, ainda, com o fato de a personalidade jurídica representar um “obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”, mercê da parte final do caput do art. 28, e seu § 5º, do Código de Defesa do Consumidor.

7.A investigação acerca da natureza da verba bloqueada nas contas do recorrente encontra óbice na Súmula 7/STJ.

8.Recurso especial não provido.”

STJ - 4ª Turma

Relator Ministro Luís Felipe Salomão REsp 1096604/DF

Julgado em 02/08/2012

Acórdão publicado em 16/10/2012

“EMENTA:

DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FRUSTRADA. PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INDEFERIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO APOIADA NA INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL DE

2002 (TEORIA MAIOR). ALEGAÇÃO DE QUE SE TRATAVA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO ART. 28, § 5º, DO CDC (TEORIA MENOR). OMISSÃO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC RECONHECIDA.

1.É possível, em linha de princípio, em se tratando de vínculo de índole consumerista, a utilização da chamada Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica, a qual se contenta com o estado de insolvência do fornecedor, somado à má administração da empresa, ou, ainda, com o fato de a personalidade jurídica representar um “obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores” (art. 28 e seu § 5º, do Código de Defesa do Consumidor).

2.Omitindo-se o Tribunal a quo quanto à tese de incidência do art. 28, § 5º, do CDC (Teoria Menor), acolhe-se a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC.

3.Recurso especial parcialmente conhecido e provido.”

STJ - 4ª Turma

Relator Ministro Luís Felipe Salomão REsp 1111153/RJ

Julgado em 06/12/2012

Acórdão publicado em 04/02/2013

“EMENTA:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO - INSCRIÇÃO INDEVIDA - DANO MORAL - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - INSOLVÊNCIA DA PESSOA JURÍDICA - DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA - ART. 28, § 5º, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - POSSIBILIDADE - PRECEDENTES DO STJ - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. INSURGÊNCIA DA RÉ.

1.É possível a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária - acolhida em nosso ordenamento jurídico, excepcionalmente, no Direito do Consumidor - bastando, para tanto, a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial, é o suficiente para se “levantar o véu” da personalidade jurídica da sociedade empresária. Precedentes do STJ: REsp

737.000/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 12/9/2011; (Resp 279.273, Rel. Ministro Ari Pargendler, Rel. p/ acórdão Ministra Nancy Andrighi, 29.3.2004; REsp 1111153/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 04/02/2013; REsp 63981/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, Rel. p/acórdão Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJe de 20/11/2000.

2.“No contexto das relações de consumo, em atenção ao art. 28, § 5º, do CDC, os credores não negociais da pessoa jurídica podem ter acesso ao patrimônio dos sócios, mediante a aplicação da disregard doctrine, bastando a caracterização da dificuldade de reparação dos prejuízos sofridos em face da insolvência da sociedade empresária” (REsp 737.000/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 12/9 /2011).

3.Agravo regimental desprovido.”

STJ - 4ª Turma

Relator Ministro Marco Buzzi AgRg no REsp 1106072/MS Julgado em 02/09/2014

Acórdão publicado em 18/09/2014

“EMENTA:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MEDIDA CAUTELAR. PRINCÍPIO DA ADSTRIÇÃO. INAPLICABILIDADE. PODER GERAL DE CAUTELA. TUTELA DA EFICÁCIA DO PROCESSO. ART. 798 DO CPC. DECISÃO MANTIDA.

1.O poder geral de cautela, positivado no art. 798 do CPC, autoriza que o magistrado defira medidas cautelares ex officio, no escopo de preservar a utilidade de provimento jurisdicional futuro.

2.Não contraria o princípio da adstrição o deferimento de medida cautelar que ultrapassa os limites do pedido formulado pela parte, se entender o magistrado que essa providência milita em favor da eficácia da tutela jurisdicional.

3.No caso, a desconsideração da personalidade jurídica foi decretada em caráter provisório, como medida acautelatória. Dessa forma, a aventada insuficiência probatória do suposto abuso da personalidade jurídica não caracteriza ofensa

ao art. 50 do Código Civil vigente.

4.Agravo regimental a que se nega provimento.”

STJ - 4ª Turma

Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira AgRg no AREsp 429.451/RJ
Julgado em 09/09/2014
Acórdão publicado em 18/09/2014

“EMENTA:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E MATERIAIS. OBSERVÂNCIA. CITAÇÃO DOS SÓCIOS EM PREJUÍZO DE QUEM FOI DECRETADA A DESCONSIDERAÇÃO. DESNECESSIDADE. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO GARANTIDOS COM A INTIMAÇÃO DA CONSTRIÇÃO. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. VIA ADEQUADA PARA A DISCUSSÃO ACERCA DO CABIMENTO DA DISREGARD. SÚM 83/STJ.

1.Na hipótese, o entendimento adotado pelo Tribunal de origem está em consonância com aquele perfilhado pelo STJ, no sentido de que “A superação da pessoa jurídica afirma-se como um incidente processual e não como um processo incidente, razão pela qual pode ser deferida nos próprios autos, dispensando-se também a citação dos sócios, em desfavor de quem foi superada a pessoa jurídica, bastando a defesa apresentada a posteriori, mediante embargos, impugnação ao cumprimento de sentença ou exceção de pré-executividade.” (REsp 1096604/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 16/10/2012). Incidência da Súmula 83/STJ na hipótese.

2.A admissibilidade do recurso especial, na hipótese da alínea “c” do permissivo constitucional, exige a indicação das circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, mediante o cotejo dos fundamentos da decisão recorrida com o acórdão paradigma, a fim de demonstrar a divergência jurisprudencial existente (arts. 541 do CPC e 255 do RISTJ).

3.Agravo regimental a que se nega provimento.”

STJ - 4ª Turma

Relator Ministro Luís Felipe Salomão
AgRg no REsp 1182385/RS Julgado em 06/11/2014
Acórdão publicado em 11/11/2014

“EMENTA:

AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. RESPONSABILIDADE DE EX-SÓCIOS.

1.A jurisprudência desta Corte orienta que a responsabilidade dos sócios alcançados pela desconsideração da personalidade jurídica da sociedade não se limita ao capital integralizado, sob pena de frustrar a satisfação do credor lesado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

2.“Descabe, por ampliação ou analogia, sem qualquer previsão legal, trazer para a desconsideração da personalidade jurídica os prazos prescricionais previstos para os casos de retirada de sócio da sociedade (arts. 1003, 1.032 e 1.057 do Código Civil), uma vez que institutos diversos” (REsp 1.312.591/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe 1.7.2013).

3.Agravo interno a que se nega provimento.

STJ - 4ª Turma

Relatora Ministro Maria Isabel Gallotti AgInt no AREsp 866.305/MA
Julgado em 27/02/2018
Acórdão publicado em 08/03/2018

“EMENTA:

RECURSO ESPECIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CPC/2015. PROCEDIMENTO PARA DECLARAÇÃO. REQUISITOS PARA A INSTAURAÇÃO. OBSERVÂNCIA DAS REGRAS DE DIREITO MATERIAL. DESCONSIDERAÇÃO COM BASE NO ART. 50 DO CC/2002. ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESVIO DE FINALIDADE. CONFUSÃO PATRIMONIAL. INSOLVÊNCIA DO DEVEDOR. DESNECESSIDADE DE SUA COMPROVAÇÃO.

1.A desconsideração da personalidade jurídica não visa à sua anulação, mas somente objetiva desconsiderar, no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa

jurídica, em relação às pessoas ou bens que atrás dela se escondem, com a declaração de sua ineficácia para determinados efeitos, prosseguindo, todavia, incólume para seus outros fins legítimos.

2.O CPC/2015 inovou no assunto prevendo e regulamentando procedimento próprio para a operacionalização do instituto de inquestionável relevância social e instrumental, que colabora com a recuperação de crédito, combate à fraude, fortalecendo a segurança do mercado, em razão do acréscimo de garantias aos credores, apresentando como modalidade de intervenção de terceiros (arts. 133 a 137)

3.Nos termos do novo regramento, o pedido de desconsideração não inaugura ação autônoma, mas se instaura incidentalmente, podendo ter início nas fases de conhecimento, cumprimento de sentença e executiva, opção, inclusive, há muito admitida pela jurisprudência, tendo a normatização empreendida pelo novo diploma o mérito de revestir de segurança jurídica a questão.

4.Os pressupostos da desconsideração da personalidade jurídica continuam a ser estabelecidos por normas de direito material, cuidando o diploma processual tão somente da disciplina do procedimento. Assim, os requisitos da desconsideração variarão de acordo com a natureza da causa, seguindo-se, entretanto, em todos os casos, o rito procedimental proposto pelo diploma processual.

6.Nas causas em que a relação jurídica subjacente ao processo for cível-empresarial, a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica será regulada pelo art. 50 do Código Civil, nos casos de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial.

7.A inexistência ou não localização de bens da pessoa jurídica não é condição para a instauração do procedimento que objetiva a desconsideração, por não ser sequer requisito para aquela declaração, já que imprescindível a demonstração específica da prática objetiva de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

8.Recurso especial provido.”

STJ - 4ª Turma

Relator Ministro Luís Felipe Salomão REsp 1729554/SP

Julgado em 08/05/2018

Acórdão publicado em 06/06/2018

“EMENTA:

COMERCIAL E PROCESSO CIVIL. SOCIEDADE. MORTE DE UM DOS SÓCIOS. ENCERRAMENTO IRREGULAR DA EMPRESA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1.A desconsideração da personalidade jurídica é medida de caráter excepcional que somente pode ser decretada após a análise, no caso concreto, da existência de vícios que configurem abuso de direito, desvio de finalidade ou confusão patrimonial, requisitos não verificáveis, no caso concreto.

2.“O falecimento de um dos sócios, embora possa gerar o encerramento das atividades da empresa, em função da unipessoalidade da sociedade limitada, não necessariamente importará em sua dissolução total, seja porque a participação na sociedade é atribuída, por sucessão causa mortis, a um herdeiro ou legatário, seja porque a jurisprudência tem admitido que o sócio remanescente explore a atividade econômica individualmente, de forma temporária, até que se aperfeiçoe a sucessão” (REsp 846.331/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 06/04/2010).

3.Agravo regimental não provido.”

STJ - 4ª Turma

Relator Ministro Luís Felipe Salomão AgRg no REsp 1464494/ES

Julgado em 09/10/2018

Acórdão publicado em 15/10/2018

“EMENTA:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. SOCIEDADE PERTENCENTE AO MESMO GRUPO DA EXECUTADA, HAVENDO CONFUSÃO PATRIMONIAL. MODIFICAÇÃO DAS PREMISSAS FÁTICAS. INVIABILIDADE. SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. RETIRADA DOS SÓCIOS DA SOCIEDADE. FALTA DE

PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A desconsideração da personalidade jurídica, embora seja medida de caráter excepcional, é admitida quando ficar caracterizado desvio de finalidade ou confusão patrimonial, nos termos do art. 50 do Código Civil de 2002.

2. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, uma vez “reconhecido o grupo econômico e verificada confusão patrimonial, é possível desconsiderar a personalidade jurídica de uma empresa para responder por dívidas de outra, inclusive em cumprimento de sentença, sem ofensa à coisa julgada” (AgRg no AREsp 441.465 /PR, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/06/2015, DJe de 03/08/2015).

3. A questão relativa à retirada dos sócios da sociedade empresária não foi objeto de debate e decisão no âmbito da Corte estadual, tampouco foram opostos embargos de declaração. Dessa forma, a falta do indispensável prequestionamento atrai a aplicação, na espécie, das Súmulas 282 e 356 do STF.

4. Agravo interno a que se nega provimento.”

STJ - 4ª Turma
Relator Ministro Raul Araújo AgInt no AREsp 1270256/SC Julgado em 27/11/2018
Acórdão publicado em 07/12/2018

“EMENTA:

CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. RESPONSABILIDADE DE EX-SÓCIO. OBRIGAÇÃO EMPRESARIAL ASSUMIDA ANTES DE DECORRIDOS DOIS ANOS DA RETIRADA DO QUADRO SOCIETÁRIO. REEXAME DA PROVA. SÚMULA Nº 7/STJ. NÃO PROVIMENTO.

1. É cabível a responsabilização de ex-sócio que se retirou da sociedade por obrigações configuradas até dois anos depois de averbada a modificação social, não sendo prazo limitativo do procedimento de desconsideração da personalidade jurídica, que proporciona a inclusão do ex-sócio em

demanda executiva.

2. Não cabe, em recurso especial, reexaminar matéria fático-probatória (Súmula n. 7/STJ).

3. Agravo interno a que se nega provimento.”

STJ - 4ª Turma
Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti AgInt no AREsp 1290976/SP
Julgado em 28/03/2019
Acórdão publicado em 02/04/2019

“EMENTA:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DISPOSITIVOS VIOLADOS. IMPERTINÊNCIA. SÚMULA N. 284 /STF. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. ART. 1.025 DO CPC/2015. INAPLICABILIDADE. ENCARGOS SUCUMBENCIAIS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. PARTE ILEGÍTIMA. INSISTÊNCIA DO CREDOR. DECISÃO MANTIDA.

1. Incide o óbice da Súmula n. 284/STF quando os dispositivos legais indicados como violados revelam-se impertinentes e não contêm comando normativo capaz de infirmar os fundamentos do acórdão recorrido.

2. “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo” (Súmula n. 211/STJ).

3. Não ocorre o prequestionamento ficto previsto no art. 1.025 do CPC/2015 quando as razões dos embargos de declaração opostos ao acórdão não tratam do assunto relacionado aos dispositivos legais objeto do recurso especial.

4. Segundo o princípio da causalidade, os encargos sucumbenciais devem ser suportados pela parte que deu causa ao ajuizamento da ação.

4.1. No caso concreto, o magistrado de primeiro grau decidiu *ex officio* pela desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada e pela inclusão do agravado no polo passivo da execução, que em razão disso opôs exceção de pré-executividade. A agravante, após intimada para responder à defesa, pugnou pela manutenção do excipiente no feito executivo.

4.2. A jurisprudência do STJ entende que, embora não tenha dado causa à instauração da demanda, a insistência na manutenção de processo contra parte ilegítima enseja responsabilidade pelos ônus da sucumbência.

5. Agravo interno a que se nega provimento.”

STJ - 4ª Turma

Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira

AgInt no AREsp 1329015/SP Julgado em 27/05/2019

Acórdão publicado em 30/05/2019

“EMENTA:

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DECRETAÇÃO. LEGITIMIDADE RECURSAL DA EMPRESA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1.A pessoa jurídica tem legitimidade para interpor recurso contra decisão que desconsidera sua personalidade, a fim de defender direito próprio, relativo a sua autonomia em relação aos sócios e à regularidade de sua administração.

2.Agravo interno não provido.”

STJ - 5ª Turma

Relator Desembargador Convocado Lázaro Guimarães AgInt nos EDcl no AgInt no AREsp

995.378/SP Julgado em 17/05/2018

Acórdão publicado em 23/05/2018

TST

“EMENTA:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

Não se trata de hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, com a inclusão de sócios no polo passivo da lide, conforme previsto no novo CPC, mas de inclusão de empresa pertencente ao mesmo grupo econômico.

Ademais, a questão aventada no recurso

de revista da exequente encontra-se fundamentada em legislação infraconstitucional, mais especificamente nos artigos 133 a 135 do CPC/2015, de forma que não há falar em violação direta e literal do artigo 5º, incisos II, XXXV, XXXVI, LIV e LV, da Constituição Federal.

Agravo de instrumento desprovido.

INCLUSÃO DE EMPRESA PERTENCENTE AO MESMO GRUPO ECONÔMICO NO POLO PASSIVO DA LIDE. RELAÇÃO DE COORDENAÇÃO ENTRE AS EMPRESAS. OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.

Ressalta-se, inicialmente, que, ao contrário do que pretende fazer crer a agravante, o Regional não reconheceu a formação de grupo econômico apenas pela identidade de sócios, mas também pela constatação de que “a Rodovia das Colinas S.A. faz parte do Grupo Bertin. O documento de id. 1eb2469, atesta que a Rodovia das Colinas é subsidiária integral da AB Concessões, que, por sua vez, ‘é uma sociedade de ações, regida por seu estatuto social, pelo acordo de acionistas de sua controladora (sócia única) Infra Bertin, firmado entre Hauolimau Empreendimentos e Participações S.A. e Autostrade Concessões e Participações Brasil Ltda., datado de 29 de junho de 2012 [...]’ Acrescenta-se, inclusive que, no site da AB Concessões, (http://www.abconcessoes.com.br/pt-BR/Relacao_Investidores), consta o documento intitulado ‘Fato Relevante’ publicado em 16.06.2015, que noticia que a ‘A AB Concessões é controladora da Triângulo do Sol Auto-Estrada S.A. (100%), Rodovias das Colinas S.A. (100%), Concessionária da Rodovia MG-050 (100%) e Rodovias do Tietê (50%). A AB Concessões é uma controlada (100%) da Triângulo do Sol Participações S.A. (‘TDS Part.’). A TDS Part., por sua vez, é uma controlada (100%) da Infra Bertin Participações S.A. (‘Infra Bertin’)”.

Todavia, a controvérsia acerca da formação do grupo econômico envolve a aplicação e a interpretação de normas infraconstitucionais, no caso, o artigo 2º, § 2º, da CLT, de modo que não é possível aferir, nos termos preconizados no § 2º do artigo 896 também da CLT, afronta direta a dispositivo da Constituição Federal. Destaca-se, ainda, que à executada foram disponibilizados todos os meios e recursos disponíveis ao exercício da ampla defesa,

bem como que sua inclusão no polo passivo da demanda na fase executória não implica violação da coisa julgada, tendo em vista que a empresa componente do grupo econômico esteve presente na relação processual desde o seu início.

Agravo de instrumento desprovido.

IMPENHORABILIDADE DAS RECEITAS. MATÉRIA FÁTICA.

No caso, o Regional, analisando o conjunto probatório dos autos, concluiu que a ora agravante nem sequer produziu prova de correlação dos valores bloqueados em suas contas com a cobrança de pedágios ou de que esses valores seriam de fato bens públicos, e não apenas patrimônio que teria auferido em razão da concessão do serviço público. Desse modo, diante da conclusão firmada na decisão recorrida, para se chegar a entendimento diverso, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório, procedimento que não se compatibiliza com a natureza extraordinária do recurso de revista, conforme os termos da Súmula nº 126 do Tribunal Superior do Trabalho, razão pela qual não há falar em violação dos artigos 100 e 175 da Constituição Federal.

A invocação genérica de violação do artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, em regra e como ocorre neste caso, não é suficiente para autorizar o processamento do recurso de revista com base na previsão da alínea “c” do artigo 896 da CLT, na medida em que, para sua constatação, seria necessário concluir, previamente, ter havido ofensa a preceito infraconstitucional.

Agravo de instrumento desprovido.”

TST - 2ª Turma
Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta
AIRR-10089-67.2016.5.03.0146
Acórdão publicado em 11/10/2019

“EMENTA:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. GRUPO ECONÔMICO.

Com efeito, o art. 6º, II, da Instrução Normativa nº 39/2016 do TST foi expressamente revogado pelo art. 21 da Instrução Normativa

nº 41/2018 desta Corte, que passou a prever a aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica apenas a partir da vigência da Lei nº 13.467/2017, quando expressamente introduziu o incidente (art. 855-A da CLT) no âmbito trabalhista.

Ademais, não há falar em aplicação das normas do novo CPC, relativas à instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, tampouco em observância à Instrução Normativa nº 39/2016 do TST, ainda que o aludido requerimento tenha sido formulado já na vigência do novo CPC, visto que, conforme se depreende do acórdão regional, o juízo da execução reconheceu a existência de grupo econômico e, por isso, determinou a inclusão da empresa ora recorrente no polo passivo da demanda.

Assim, apesar de o Tribunal a quo concluir pela incompatibilidade do rito do incidente de desconsideração da personalidade jurídica do NCPC com o processo do trabalho, a hipótese é de inclusão de responsável pelo débito exequendo, porque identificada na origem a formação de grupo econômico, panorama que não se confunde com aqueles que demandam a instauração do procedimento de desconsideração da personalidade jurídica. Nesse contexto, não se divisa ofensa ao art. 5º, II, LIV e LV, da CF.

Agravo de instrumento conhecido e não provido.”

TST - 8ª Turma
Relatora Ministra Dora Maria da Costa AIRR-63-62.2012.5.10.0111
Acórdão publicado em 16/08/2019

“EMENTA:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO.

1. NULIDADE PROCESSUAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

Conforme expressamente consignado no acórdão regional, a hipótese não é de desconsideração da personalidade jurídica, com a inclusão de sócios no polo passivo da lide, tal como previsto nos artigos 133 e 135 do NCPC, mas, sim, de inclusão de responsável solidário pelo débito exequendo,

porque identificada na origem a formação de grupo econômico, razão pela qual o Tribunal a quo decidiu que não era o caso de instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Nesse contexto, não se divisa ofensa às garantias positivadas no art. 5º, XXXV, LIV e LV, da CF.

2. GRUPO ECONÔMICO.

A matéria trazida no recurso de revista, relativa à caracterização do grupo econômico, tem natureza infraconstitucional (art. 2º, § 2º, da CLT), o que inviabiliza a caracterização de violação literal e direta do dispositivo constitucional apontado como violado (art. 170 da CF).

Agravo de instrumento conhecido e não provido.”

TST - 8ª Turma

Relatora Ministra Dora Maria da Costa
AIRR-630-75.2015.5.03.0146

Acórdão publicado em 22/06/2018

“EMENTA:

A)AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. EMBARGOS DE TERCEIRO. SÓCIO DA EMPRESA EXECUTADA. LEGITIMIDADE ATIVA .

O presente agravo de instrumento merece provimento, com consequente processamento do recurso de revista, haja vista que o terceiro embargante logrou demonstrar possível violação do art. 5º, LV, da CF.

Agravo de instrumento conhecido e provido.

B)RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. EMBARGOS DE TERCEIRO. SÓCIO DA EMPRESA EXECUTADA. LEGITIMIDADE ATIVA.

O Tribunal Regional consignou que o terceiro embargante foi incluído no polo passivo da lide, na fase de execução, em razão da desconsideração da personalidade jurídica para alcançar o patrimônio do sócio da empresa executada. Não obstante, entendeu que o agravante não ostenta a qualidade de

terceiro, uma vez que é parte no processo em que ocorreu a constrição de seu patrimônio, razão pela qual deveria apresentar embargos à execução. Assim, reputou correta a sentença que declarou a ilegitimidade ativa do terceiro embargante. Entretanto, não se pode impedir que o agravante utilize os embargos de terceiro, para defender seu patrimônio, sobretudo diante da norma inserta no artigo 674, § 2º, III, do NCPC, garantindo-lhe o exercício do contraditório e da ampla defesa, a fim de que possa comprovar a sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da execução e, conseqüentemente, para responder pelo débito exequendo.

Recurso de revista conhecido e provido.”

TST - 8ª Turma

Relatora Ministra Dora Maria da Costa RR-1482-74.2017.5.10.0004

Acórdão publicado em 31/05/2019

“EMENTA:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO.

1. NULIDADE PROCESSUAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

Conforme expressamente consignado no acórdão regional, a hipótese não é de desconsideração da personalidade jurídica, com a inclusão de sócios no polo passivo da lide, tal como previsto nos artigos 133 e seguintes do NCPC, mas, sim, de inclusão de responsável solidário pelo débito exequendo, porque identificada na origem a formação de grupo econômico, razão pela qual o Tribunal a quo decidiu que não era o caso de instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Nesse contexto, não se divisa ofensa às garantias positivadas no art. 5º, XXXV, LIV e LV, da CF. 2.

GRUPO ECONÔMICO. A matéria trazida no recurso de revista, relativa à caracterização do grupo econômico, tem natureza infraconstitucional (art. 2º, § 2º, da CLT), o que inviabiliza a caracterização de violação literal e direta do dispositivo constitucional apontado como violado (art. 170 da CF).

Agravo de instrumento conhecido e não provido.”

TST - 8ª Turma
Relatora Ministra Dora Maria da Costa AIRR-10395-36.2016.5.03.0146
Acórdão publicado em 04/06/2018

“EMENTA:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DAS LEIS Nos 13.015/2014, 13.105/2015 E 13.467/2017 - DESCABIMENTO. EXECUÇÃO.

1.GRUPO ECONÔMICO. CONFIGURAÇÃO.

A unidade de interesses econômicos e a coordenação interempresarial são suficientes à caracterização do grupo econômico. Assim, todas as empresas que o compõem são solidariamente responsáveis pelos créditos devidos ao reclamante (art. 2º, § 2º, da CLT).

2.RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESNECESSIDADE.

A responsabilização de empresa componente de grupo econômico não está sujeita ao procedimento da desconsideração da personalidade jurídica, cujo intuito é o de direcionar a execução aos bens dos sócios, uma vez que, legalmente, já responde pelos débitos do grupo econômico (art. 2º, § 2º, da CLT).

Agravo de instrumento conhecido e desprovido.”

TST - 3ª Turma
Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani F Pereira AIRR-11257-07.2016.5.03.0146
Acórdão publicado em 30/08/2019

“EMENTA:

I- AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.467/2017 - EXECUÇÃO - EMBARGOS DE TERCEIRO -SÓCIO-DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA- LEGITIMIDADE.

Vislumbrada afronta ao art. 5º, LIV e LV, da Constituição da República, dá-se provimento ao Agravo de Instrumento para determinar o processamento do Recurso negado.

II- RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.467

/2017 - EXECUÇÃO - EMBARGOS DE TERCEIRO - SÓCIO - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - LEGITIMIDADE.

O sócio da empresa executada é parte legítima para opor Embargos de Terceiro, quando redirecionada a execução para seu patrimônio, em respeito ao princípio inscrito no art. 5º, LIV, da Constituição da República. O referido entendimento desta Eg. Corte ganhou reforço com o advento do art. 674, § 2º, III, do NCP. Precedentes.
Recurso de Revista conhecido e provido.”

TST - 8ª Turma
Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi RR-1808-70.2017.5.09.0195
Acórdão publicado em 07/06/2019

“EMENTA:

RECURSO DE REVISTA - EMBARGOS DE TERCEIROS - LEGITIMIDADE - SÓCIO - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - INCLUSÃO NO POLO PASSIVO DA EXECUÇÃO.

1.A Corte regional consignou que o autor não detém legitimidade para opor embargos de terceiro, por figurar como parte no processo, uma vez que houve o redirecionamento da execução em razão da desconsideração da personalidade jurídica da devedora da qual ele foi sócio com a sua inclusão no polo passivo da demanda.

2.Não se desconhece que a medida intentada, prevista no art. 1046 do CPC/73 (atual art. 674), constitui ação incidental de conhecimento que tem por finalidade livrar da constrição judicial, tida por injusta, bens que foram constritos em processo no qual o seu proprietário ou possuidor não é parte.

3.Todavia, na hipótese em que houve a desconsideração da personalidade jurídica do devedor para incluir sócios da executada e, por conseguinte, atingir seus bens, não há como prevalecer tal entendimento.

4.A pessoa jurídica da sociedade não se confunde com a pessoa física de seus sócios e a quem não participou de nenhuma fase do processo nem integrou o título executivo judicial devem ser assegurados todos os meios de defesa previstos no ordenamento jurídico, em observância ao direito consagrado constitucionalmente (art. 5º, LV),

princípio basilar do Estado Democrático de Direito.

5. Em reforço a tal garantia, a nova lei processual civil (Lei nº 13.105/2015) assegurou aos sócios da pessoa jurídica executada o direito de exercer a ampla defesa e o contraditório previamente à desconsideração da personalidade jurídica (arts. 133 e seguintes) e estabeleceu a legitimidade para opor embargos de terceiros de quem sofre constrição judicial de seus bens por força de desconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte (art. 674, III, §2º).

6.O processo é apenas instrumento para a realização do direito material e a boa-fé processual deve ser presumida de maneira a permitir que o sócio que sofre a constrição de seus bens sem ter participado de nenhuma fase do processo exerça amplamente seu direito de defesa tanto por meio de embargos à execução, hipótese em que ele se mostra ciente de sua inclusão no polo passivo da execução e intenta discutir a dívida, ou por meio de embargos de terceiros, em que ele objetiva evitar que seus bens respondam pelo débito exequendo, como ocorreu nesses autos.

Recurso de revista conhecido e provido.”

TST - 7ª Turma
Relator Ministro Vieira de Mello Filho RR-999-14.2011.5.15.0037
Acórdão publicado em 10/08/2018

“EMENTA:

AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. REVERSÃO DA DISPENSA POR JUSTA CAUSA. INDICAÇÃO DO TRECHO DA DECISÃO RECORRIDA QUE CONSUBSTANCIA O PREQUESTIONAMENTO DA CONTROVÉRSIA OBJETO DO RECURSO. DESCUMPRIMENTO DA EXIGÊNCIA CONTIDA NO ART. 896, § 1º-A, DA CLT.

O art. 896, § 1º-A, I, da CLT, incluído pela Lei nº 13.015/2014, dispõe ser ônus da parte, sob pena de não conhecimento, “indicar o trecho da decisão recorrida que consubstancia o prequestionamento da controvérsia objeto do recurso de revista”. Na presente hipótese, a parte recorrente não observou requisito

contido no dispositivo, o que inviabiliza o prosseguimento do apelo.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. BENEFÍCIO DE ORDEM. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA DEVEDORA PRINCIPAL.

Conforme já registrado na decisão agravada, esta Corte tem se posicionado no sentido de que o direcionamento da execução ao devedor subsidiário prescinde a prévia desconsideração da personalidade jurídica do devedor principal, bastando o inadimplemento deste. Incide, portanto, ao caso o óbice da Súmula 333 do TST.

Agravo não provido.”

TST - 5ª Turma
Relator Ministro Breno Medeiros Ag-ARR-1218-62.2013.5.09.0671
Acórdão publicado em 28/06/2019

TRT-10:

“EMENTA:

AGRAVO DE PETIÇÃO. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA INSTAURADO PERANTE O JUÍZO DE 1º GRAU.

A legislação civil orientam-se por duas teorias distintas ao fixar os pressupostos para a despersonalização da pessoa jurídica: a Teoria Maior - agasalhada pelo art. 50 do Código Civil, que traz como exigência para a desconsideração o abuso de personalidade - e a Teoria Menor da Desconsideração - adotada pelo art. 28 e seu parágrafo quinto do Código de Defesa do Consumidor. Esta última teoria - que sustenta que basta a simples insuficiência patrimonial da personalidade jurídica para a decretação da responsabilidade dos sócios - é a que vem sendo aplicada no processo do trabalho, em face da similitude de princípios que orientam este ramo especializado do Direito e o o CDC, em especial o da proteção ao hipossuficiente.”

TRT - 10ª Região - 1ª Turma
Relator Desembargador André Damasceno AP-0000690-92.2018.5.10.0002
Acórdão publicado em 03/09/2019

“EMENTA:

1.INCLUSÃO DE EMPRESA DIVERSA NO

POLO PASSIVO DA EXECUÇÃO. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESNECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO.

Razão não há para pretender instalar-se incidente de desconsideração da personalidade jurídica, procedimento previsto no CPC de 2015, arts. 133/137, adstrito ao desfazimento do véu societário, sem pertinência ou vinculação, maxima venia, com o reconhecimento de grupo econômico, cujos pressupostos e requisitos se situam em norma legal distinta, art. 2º, parágrafo segundo da CLT, não havendo nenhuma razão para se confundir a solidariedade decorrente do grupo econômico com a inclusão de membros e sócios da pessoa jurídica no polo passivo da execução.

2. Agravo de petição conhecido e desprovido.”

TRT - 10ª Região - 1ª Turma
Relator Juiz Gilberto Augusto Leitão Martins
AP-0002883-41.2013.5.10.0104
Acórdão publicado em 07/11/2019

“EMENTA:

EMBARGOS DE TERCEIRO: IMPROPRIEDADE DA INDICAÇÃO COMO ALVO DA EXECUÇÃO NÃO COMPROVADA NA ESPÉCIE: MANUTENÇÃO DA PENHORA DE VALORES.

O reconhecimento da legitimidade para opor embargos de terceiro deriva exatamente da situação em que, considerado o alvo da execução sem prévio incidente de desconsideração da personalidade jurídica, o sujeito vem insistindo em sua condição de estranho e assim ameaçado os seus bens, se já não antes efetivada a própria constrição patrimonial. A discussão de ser parte ilegítima para a execução, assim, desvia-se do incidente não instaurado para os embargos de terceiro.

Conquanto não mais caiba discutir ser imprópria a consideração de indevido alvo da execução diante da falta de prévio incidente de desconsideração da personalidade jurídica, a discussão de fundo é o tema próprio a ser enfrentado nos embargos de terceiro, em que a questão de ser alvo indevido, como sujeito estranho ou indevidamente chamado a responder pela execução, assume, na defesa direta ou indireta do seu patrimônio, pelo embargante, para que se defina ser terceiro

ou não, e assim excluído da execução com eventual liberação dos valores constritos ou retirada da ameaça constritiva, ou declarado efetivo executado, sob as premissas de que agiu ou restou como beneficiário do desvio patrimonial ou gestão fraudulenta, ou ainda, a qualquer modo haja contribuído para a simulação ou fraude que resulte na qualificação de efetivo devedor por assunção, desvio ou destruição patrimonial da anterior pessoa jurídica indicada como executada.

Ou seja, no exame dos embargos de terceiro admitidos em lugar do incidente não instaurado, o embargante deve buscar demonstrar a impropriedade de sua indicação como alvo da execução, não sendo próprio, como tema de mérito dos embargos, discutir temas que exatamente justificam a admissibilidade dos embargos de terceiro, como a alegação de falta de instauração regular de incidente de desconsideração de personalidade jurídica, enquanto se deve avançar para o tema pertinente à pertinência ou não da integração do embargante à execução, para fins de liberar ou não a constrição efetivada ou ameaçada de ocorrer sob a premissa de ser o terceiro efetivo devedor.

Agravo de petição conhecido e desprovido.”

TRT - 10ª Região - 2ª Turma
Relator Desembargador Alexandre Nery de Oliveira AP-0001157-37.2016.5.10.0812
Acórdão publicado em 20/11/2018

“EMENTA:

GRUPO ECONÔMICO. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA. IMPERTINÊNCIA.

A desconsideração da personalidade jurídica de empresa, seja ela direta ou inversa, é retratada pelo procedimento de inserir, na condição de devedores, seus sócios (art. 50 do CCB), não sendo confundível com a atribuição de responsabilidade aos integrantes de grupo econômico (art. 2º, § 2º, da CLT).

Agravo de petição conhecido e desprovido.”

TRT - 10ª Região - 2ª Turma
Relator Desembargador João Amílcar Pavan AP-0000935-49.2018.5.10.0020
Acórdão publicado em 27/11/2019

“EMENTA:
EXECUÇÃO TRABALHISTA. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO. “DES CONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. TEORIA MENOR OU MAIOR. Considerando a aplicabilidade subsidiária do direito comum nas omissões da legislação trabalhista - e não apenas do direito civil (CLT, art. 8º, § 1º) - e tendo em conta a evidente afinidade principiológica entre o Direito do Trabalho e o Direito do Consumidor, ambos voltados a contrabalançar juridicamente a assimetria contratual e a falta de liberdade negocial efetiva da parte mais vulnerável da relação, norteia-se a desconsideração da personalidade jurídica na seara laboral pelo viés mais protetivo da teoria menor, bastando a constatação de que a distinção de patrimônio da pessoa jurídica em relação ao de seus sócios seja obstáculo para satisfação dos créditos do trabalhado prejudicado (CDC, art. 28, § 5º). Neste cenário, a inclusão de sócios, ex-sócios e outras pessoas será viável, nas execuções trabalhistas, sempre que se configurar a indigência patrimonial da sociedade ou pessoa principal devedora. Atendido tal pressuposto, é regular e legítima a desconsideração. Agravo de petição conhecido em parte e desprovido.” (Juiz convocado Antonio Umberto de Souza Júnior)”

TRT - 10ª Região - 3ª Turma
Relator Desembargador Ricardo Alencar Machado AP-0000946-38.2018.5.10.0001
Acórdão publicado em 16/08/2019

“EMENTA:
AGRAVO DE PETIÇÃO. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. NÃO CONFIGURAÇÃO.

As empresas agravantes foram devidamente citadas quando da inclusão no polo passivo da presente execução e quando da penhora dos bens. Contudo, quedaram-se inertes, não se insurgindo contra a decisão que reconheceu a sucessão empresarial nem contra a decisão que reconheceu o grupo econômico, motivo pelo qual não há falar em afronta ao contraditório nem à ampla defesa. Ademais, no reconhecimento da sucessão empresarial e do grupo econômico não há necessidade da instauração do incidente de desconsideração

da personalidade jurídica.

Agravo de petição conhecido em parte e não provido.”

TRT - 10ª Região - 3ª Turma
Relatora Desembargadora Cilene Ferreira Amaro Santos AP-0001581-03.2015.5.10.0105
Acórdão publicado em 13/12/2019

“EMENTA:
EXECUÇÃO DIRECIONADA AO RESPONSÁVEL SUBSIDIÁRIO SEM A PRÉVIA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DOS SÓCIOS. POSSIBILIDADE.

É cabível o redirecionamento da execução contra o responsável subsidiário, inclusive ente público, quando não indicados, inexistentes ou insuficientes os bens do responsável principal, não sendo exigível a prévia desconsideração da personalidade jurídica, com o consequente redirecionamento da execução contra os sócios.”

TRT - 10ª Região - 3ª Turma
Relator Desembargador Pedro Luís Vicentin Foltran AP-0001418-14.2015.5.10.0011
Acórdão publicado em 13/12/2019

Sob diversos aspectos, suficientes por si, não sobressai qualquer nulidade pelo fato da instauração de ofício do incidente, seja assim porque o próprio CPC admite a hipótese (artigo 674, § 2º, III), seja porque a desqualificação e qualificação de sujeitos antecede o próprio redirecionamento da execução e não depende, como essa, de requerimento da parte, podendo decorrer de impulso oficial, seja porque as teorias regentes da desconsideração de personalidade jurídica, no âmbito processual trabalhista, regulam-se pelo contido no CDC para permitir medidas por impulso oficial do Juiz.

Portanto, emerge regular a instauração do incidente pelo MM. Juízo de origem, sem o vício apontado no apelo.

Rejeito a preliminar de nulidade.

d) arguição de nulidade por vício de citação:

Ante arguição do indicado como alvo para a execução, o MM. Juízo de origem assim decidiu acerca da validade da citação:

“CITAÇÃO POR EDITAL

A insurgência do executado não prospera, visto que o endereço para o qual foi encaminhada a citação postal consta do banco de dados da receita federal.

Desse modo, uma vez frustrada a tentativa de localização pela via ordinária, é admissível a citação por edital.

Ademais, o executado nem sequer juntou aos autos documentos que comprovem a atual residência, limitando-se a dizer que é fato conhecido o seu endereço; e, ainda, comparece espontaneamente, sanando qualquer eventual vício.

Logo, é inviável o reconhecimento de nulidade da citação.”

No apelo, o Agravante situa haver vício de citação, eis que autorizada sua citação editalícia a par de deter endereço conhecido no Lago Sul de Brasília/DF, enquanto a notificação fora encaminhada para endereço similar, mas para o bairro do Lago Norte, no extremo distinto da cidade.

Sem razão o Agravante.

Com efeito, percebe-se que as circunstâncias indicadas não foram descaracterizadas pelo Agravante, que se limita a ilações sem demonstração, como já indicava a decisão agravada e assim persiste, porquanto sequer colacionados com o apelo demonstrativo do que alega.

Não bastasse isso, cabe perceber que não houve indicação de prejuízo à defesa, que regularmente manifestou-se em relação ao incidente, sem sequer ter requerido dilação ou reabertura de prazo, mas apenas limitando-se a buscar nulidade para retornar o processo a ponto antecedente, sem maiores justificativas.

Rejeito a preliminar de nulidade.

e) arguição de nulidade por falta de vista prévia dos cálculos:

O Agravante situa, ainda, haver vício no fato de não lhe ter sido concedida vista prévia dos cálculos, já que apenas em razão do acolhimento do incidente foi incluído como sujeito passivo da execução.

Sem razão.

Com a devida vênia, a desconsideração de personalidade jurídica envolve a capitulação de sujeito em sucessão de responsabilidade ou em responsabilidade solidária que resulta ingressar na lide no estado em que se encontra, já que o debate de temas antecedentes não se permite renovar em razão da capacidade processual das partes assim desqualificadas à responsabilidade executiva.

As discussões pertinentes a atos e fatos processuais futuros, portanto, é o manto próprio ao Agravante, considerada a inexistência de vício antecedente ao ingresso na lide, em razão do incidente de que alvo reconhecido como legítimo para figurar como responsável pela execução em lugar das empresas do grupo executado.

Com efeito, o sujeito reconhecido como alvo da execução, por redirecionamento, em razão de incidente de desconsideração de personalidade jurídica ou por declaração judicial direta à conta de formação de grupo econômico ou responsabilidade residual de sócio retirante, adentra no processo no estado em que se encontrar, sem repetição de atos processuais já antes realizados ou preclusos aos sujeitos principais da execução, senão para discutir a regularidade da inclusão no feito e para garantir seus próprios bens em fase específica de constrição e expropriação, a partir do redirecionamento da execução em

curso.

Rejeito a preliminar de nulidade.

(3)MÉRITO:

No mérito, o Agravante não se insurge contra a decisão que o considerou sujeito passivo da execução, em razão da desconsideração de personalidade jurídica de empresas do Grupo Canhedo, de que sócio, pelo que emerge o trânsito em julgado do aspecto essencial decorrente do incidente pertinente à qualificação do Agravante como executado, doravante.

O apelo, com efeito, no mérito limita-se a discutir estar garantida em processo-piloto a execução de que alvo e ainda a insistir na indisponibilidade de bens, ante decisão liminar, antecedente à decisão agravada, mas assim absorvida, que determinou, **“cauteladamente, na forma do art. 301/CPC, a realização imediata das seguintes medidas: I) Pesquisas de pesquisa de ativos financeiros pelo sistema Bacenjud em desfavor de todas as executadas, até o limite de R\$654.902,22; II) Pesquisas de pesquisa de ativos financeiros pelo sistema Bacenjud em desfavor dos sócios acima mencionados, até o limite de R\$654.902,22 (art. 301 do CPC; art. 855-A, §2º, do CLT); III) Indisponibilidade dos bens imóveis de todas as executadas, via CNIB, bem como dos sócios supramencionados; IV) Restrição total a ser recaída sobre os veículos das executadas (transferência e circulação), via Renajud, inclusive dos sócios acima discriminados.”**

A par de indicados outros sócios como alvos (Cesar Antonio Canhedo Azevedo e Izaura Valério Azevedo), e assim havida a indisponibilidade patrimonial de seus bens, há que se considerar no apelo apenas aqueles passíveis de atingimento por vinculação ao Agravante (Wagner Canhedo Azevedo Filho).

Observo, inicialmente, que a

discussão acerca da possibilidade ou não de instauração de ofício do incidente de desconsideração da personalidade jurídica já restam ultrapassados, mais ainda quando se percebe que a questão, efetivamente, sequer deveria ter passado sob o manto do referido incidente, mas sob a declinação de responsabilidade societária residual, que independente de incidente para o chamamento do sócio à responsabilidade processual.

Doutro lado, a questão da atuação cautelar se percebe envolvida no amplo poder de cautela deferido ao juiz pela legislação processual, exatamente porque a atuação jurisdicional emerge como ato do Estado-Juiz, que deve preservar a instrumentalidade do processo e o alcançar a finalidade útil da demanda em prol da resolução do conflito instaurado e decidido pelo Judiciário, de modo a consagrar o cumprimento efetivo da sentença pronunciada.

Nesse sentido, o bloqueio cautelar havido, por não excessivo, denota mero intuito de resguardar a fase constritiva, permitindo que o Juízo da Execução reste garantido, ainda que provisoriamente, enquanto se discutem pormenores da responsabilização declarada, sem permitir, assim, a perda da capacidade antes delineada da parte indicada como responsável, ou mesmo a eventual fuga de valores em detrimento à execução já instaurada regularmente ou mesmo por instaurar.

Cabe notar que a parte atingida pela constrição cautelar pode, em sede de embargos à execução, delimitar eventuais excessos no bloqueio havido ou mesmo oferecer outros valores ou bens em substituição para a desoneração pretendida, sem assim onerar-se além da medida, mas sem igualmente esvaziar a execução em curso.

Não por menos, o Juízo da Execução

pode exercitar o amplo poder de cautela para assegurar efeito útil ao processo, assim determinando, cautelarmente, bloqueio de valores ou de patrimônio de sujeito indicado como responsável pela execução, seja diretamente ou indiretamente em caso de responsabilidade societária residual, seja ainda por via excepcional decorrente de desconsideração de personalidade jurídica, porque o bloqueio cautelar não emerge como resultado da via eleita para alcançar o responsável pela execução, mas para resguardar que a própria discussão da responsabilidade não desqualifique a responsabilidade por eventual perda da capacidade de responder pela dívida, sob qualquer viés.

O procedimento adotado pelo MM. Juízo de origem, portanto, revela-se regular, nesse contexto formal, tendo sido observados os requisitos cautelares do “*fumus boni iuris*” e do “*periculum in mora*” para o bloqueio liminar havido.

Por partes.

O Agravante alega que há indicação de crédito suficiente no Processo- piloto 0059100-52.2009.5.10.0102, mas não há sequer comprovação de efetiva constrição havida, quanto mais suficiente a extrapolar a reunião alegada de processos.

Não obstante isso, cabe notar que o presente feito não se redirecionou ao Juízo de Execuções reunidas (CDJEX/TRT-10), persistindo no âmbito do Juízo da Execução própria, como permite o Provimento Geral Consolidado, artigos 149 e 155:

“Art. 149. A reunião de execuções em relação ao(s) mesmo(s) devedor(es) poderá ser processada em órgãos de centralização de execuções, criados conforme organização de cada Tribunal Regional, sem prejuízo da atuação, no mesmo sentido, em cada unidade jurisdicional, excepcionalmente e observados os limites de sua competência funcional e as particularidades do caso concreto.

(...)

Art. 155. No curso do Regime Especial de Execução Forçada (REEF), os atos executórios buscando o pagamento da dívida consolidada do executado serão realizados nos autos do processo piloto, ressalvada, na hipótese do § 4º do artigo anterior, a atuação executória da vara recusante.

(...)”

Não estando, portanto, o presente processo relacionado dentre os atraídos pelo denominado “processo-piloto”, já não subsistiria o fundamento para a pretensão vinculação constritiva, mais ainda quando sequer há demonstração de ter havido constrição suficiente a alcançar os valores objeto da presente execução em curso próprio.

Nego provimento ao agravo de petição, no particular.

Com relação à alegada indisponibilidade, a pretensão do Agravante se funda em decisão havida no âmbito da Terceira Região da Justiça Federal, à conta do contido na Apelação Cível 0900003-13.2005.4.03.6182/SP concernente ao Processo 2005.61.82.900003-2/SP, mas é possível observar, pelo que transcrito no próprio agravo de petição ora sob exame que o Agravante não resta incluído dentre os sujeitos alcançados pela indisponibilidade patrimonial decretada no âmbito da Justiça Federal, que se limita a aspectos próprios pertinentes a algumas das empresas do Grupo Canhedo, mas em nenhum momento a quaisquer de seus sócios, como o ora Agravante.

Com a devida vênia, a decisão que alcança os bens de empresas do grupo econômico não afasta a consideração de responsabilidade patrimonial do sócio declarado responsável pela execução, em razão da desconsideração da personalidade jurídica, inclusive pela circunstância do esvaziamento patrimonial das empresas do Grupo Canhedo, por ato próprio ou em razão

de óbice judicial, como no caso.

Ao contrário, a indisponibilidade havida em relação a patrimônio do Grupo Canhedo, para assegurar execução promovida perante a Justiça Federal pela Fazenda Nacional, mais ainda denota a distinção das situações.

Certo é que não há bem do Agravante obstado à constrição pela Justiça do Trabalho em razão da decisão referida da Justiça Federal, que apenas identifica empresas do Grupo Canhedo, sem relacionar o ora Agravante como um dos sujeitos alcançados pela indisponibilidade patrimonial declarada pela Justiça Comum referida.

Não bastasse isso, cabe notar, ainda, que a decisão exarada pelo eminente Desembargador Federal Hélio Nogueira, em sede cautelar pertinente ao exame da apelação cível dista em tempo por havida em setembro/2016, sem demonstração, sequer, de ainda estar eficaz, já decorridos mais de três anos.

Ou seja, a situação não envolve indisponibilidade de bens do Agravante, ademais sequer se evidencia que a decisão invocada, fosse passível de alcançar-lhe, ainda estaria efetiva, dado o decurso do tempo desde sua prolação e o caráter meramente liminar da medida havida no âmbito da Justiça Federal.

Nego provimento ao agravo de petição, no particular.

(4) CONCLUSÃO:

Concluindo, conheço o agravo de petição, não conheço as contrarrazões por intempestivas, rejeito as preliminares de nulidade e, no mérito, nego-lhe provimento, nos termos da fundamentação.

É o voto.

ACÓRDÃO

Por tais fundamentos, **ACORDAM** os integrantes da Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Região, conforme certidão de julgamento: aprovar o relatório, conhecer o agravo de petição, não conhecer as contrarrazões por intempestivas, rejeitar as preliminares de nulidade e, no mérito, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator. Ementa aprovada.

Brasília (DF), 18 de novembro de 2020 (data do julgamento).

Desembargador
ALEXANDRE NERY DE OLIVEIRA - Relator



REVISTA
DO TRT10