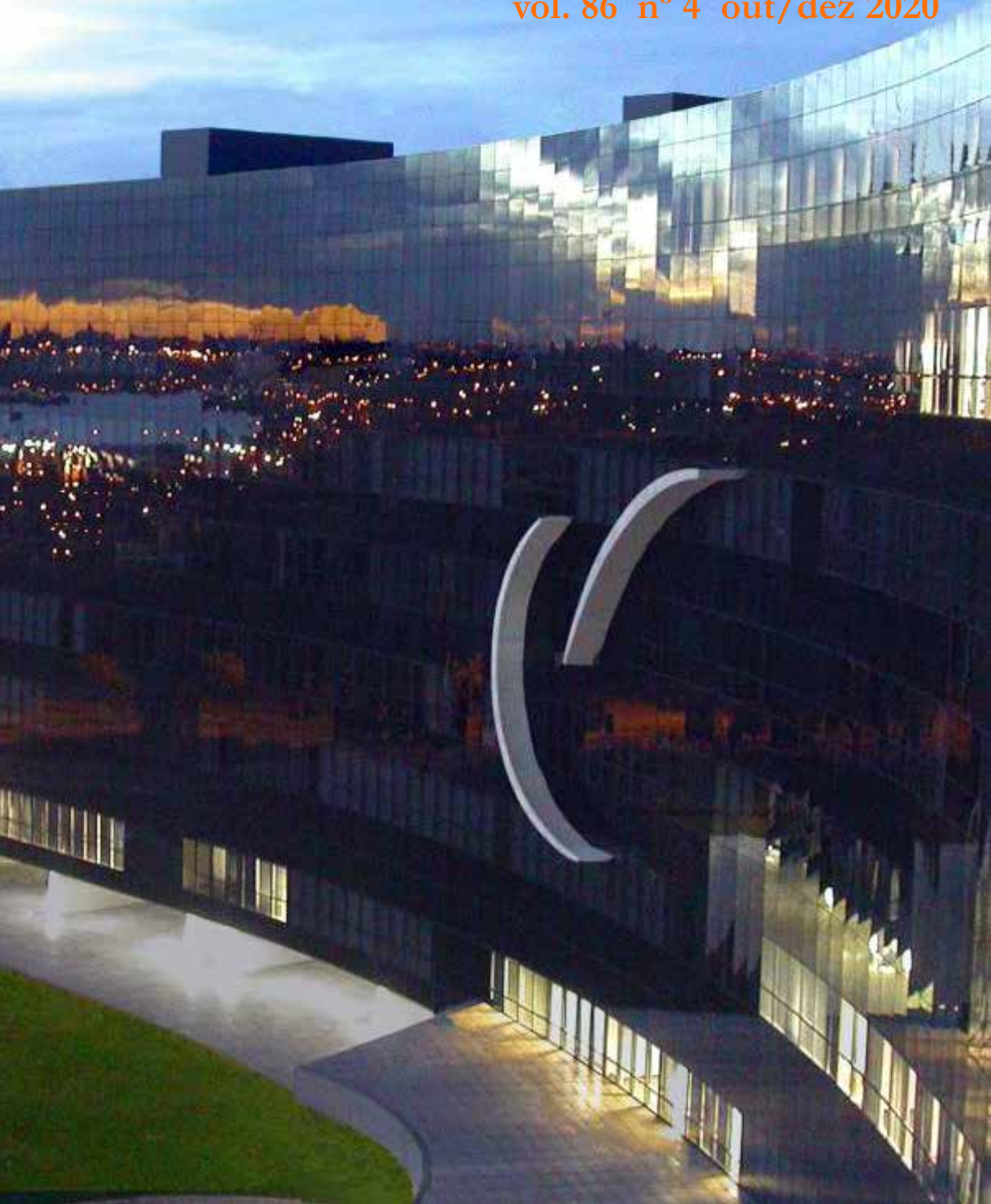


Revista do Tribunal Superior do Trabalho

vol. 86 n° 4 out/dez 2020



Revista do Tribunal Superior do Trabalho



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Revista do Tribunal Superior do Trabalho

Conselho Editorial
Ministro Mauricio Godinho Delgado (*Presidente*)
Ministro José Roberto Freire Pimenta
Ministro Douglas Alencar Rodrigues
Ministro Emmanoel Pereira (*Suplente*)
Comissão de Documentação

Ano 86 – nº 4 – out. a dez. – 2020

LEX MAGISTER

PRODUTOS JURÍDICOS

Rua da Consolação, 222 – 2º andar – Sala 209 – CEP 01302-000 – São Paulo-SP
comercial@lex.com.br – www.lex.com.br

Revista do Tribunal Superior do Trabalho / Tribunal Superior do Trabalho. – Vol. 21, n. 1 (set./dez. 1946) – Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1947-.

v.

Trimestral.

Irregular, 1946-1968; suspensa, 1996-1998; trimestral, out. 1999-jun. 2002; semestral, jul. 2002-dez. 2004; quadrimestral, maio 2005-dez. 2006.

Continuação de: Revista do Conselho Nacional do Trabalho, 1925-1940 (maio/ago.).

Coordenada pelo: Serviço de Jurisprudência e Revista, 1977-1993; pela: Comissão de Documentação, 1994-.

Editores: 1946-1947, Imprensa Nacional; 1948-1974, Tribunal Superior do Trabalho; 1975-1995, LTr; out. 1999-mar. 2007, Síntese; abr. 2007- jun. 2010, Magister; jul. 2010-, Lex.

ISSN 0103-7978

1. Direito do Trabalho. 2. Processo Trabalhista. 3. Justiça do Trabalho – Brasil. 4. Jurisprudência Trabalhista – Brasil. I. Brasil. Tribunal Superior do Trabalho.

CDU 347.998.72(81)(05)

Coordenação: Comissão de Documentação

Organização e Supervisão: Renyr Figuerêdo Corrêa

Revisão: José Geraldo Pereira Baião

Capa: Ivan Salles de Rezende (sobre foto de Marta Crisóstomo)

Editoração Eletrônica: LexMagister

Tiragem: 700 exemplares

Os artigos publicados nesta Revista não traduzem necessariamente a opinião institucional do Tribunal Superior do Trabalho. A publicação dos textos obedece ao propósito de estimular o debate sobre questões jurídicas relevantes para sociedade brasileira e de refletir as várias tendências do pensamento jurídico contemporâneo. A seleção de artigos ocorre a cada trimestre por meio de edital convocatório elaborado pela Comissão de Documentação do TST e publicado no endereço eletrônico: <http://www.tst.jus.br/web/biblioteca/revista-do-tst>.

Tribunal Superior do Trabalho

Setor de Administração Federal Sul

Quadra 8, lote 1, bloco “B”, mezanino

70070-600 – Brasília – DF

Fone: (61) 3043-3056

E-mail: revista@tst.jus.br

Internet: www.tst.jus.br

Lex Editora S.A.

Rua da Consolação, 222 – 2º andar – Sala 209

01302-000 – São Paulo-SP

Fone: (11) 3019-0070

Assinaturas:

comercial@lex.com.br

www.lex.com.br

**Composição do
Tribunal Superior do Trabalho**

Tribunal Pleno

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Presidente do Tribunal
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho
Ministro João Batista Brito Pereira
Ministro Renato de Lacerda Paiva
Ministro Emmanoel Pereira
Ministro Lelio Bentes Corrêa
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Ministra Dora Maria da Costa
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro
Ministro Walmir Oliveira da Costa
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministra Kátia Magalhães Arruda
Ministro Augusto César Leite de Carvalho
Ministro José Roberto Freire Pimenta
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes
Ministro Hugo Carlos Scheuermann
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte
Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão
Ministro Douglas Alencar Rodrigues
Ministra Maria Helena Mallmann
Ministro Breno Medeiros
Ministro Alexandre Luiz Ramos
Ministro Luiz José Dezena da Silva
Ministro Evandro Pereira Valadão Lopes

Órgão Especial

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Presidente do Tribunal
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho
Ministro João Batista Brito Pereira
Ministro Renato de Lacerda Paiva

Ministro Emmanoel Pereira
Ministro Lelio Bentes Corrêa
Ministro José Roberto Freire Pimenta
Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão
Ministro Douglas Alencar Rodrigues
Ministro Breno Medeiros
Ministro Alexandre Luiz Ramos
Ministro Luiz José Dezena da Silva

Seção Especializada em Dissídios Coletivos

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Presidente do Tribunal
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho
Ministro Emmanoel Pereira
Ministra Dora Maria da Costa
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministra Kátia Magalhães Arruda

Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Presidente do Tribunal
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro João Batista Brito Pereira
Ministro Lelio Bentes Corrêa
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro
Ministro Walmir Oliveira da Costa
Ministro Augusto César Leite de Carvalho
Ministro José Roberto Freire Pimenta
Ministro Hugo Carlos Scheuermann
Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão
Ministro Breno Medeiros
Ministro Alexandre Luiz Ramos

Subseção II da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Presidente do Tribunal

Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Vice-Presidente do Tribunal

Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Ministro Renato de Lacerda Paiva

Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes

Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte

Ministro Douglas Alencar Rodrigues

Ministra Maria Helena Mallmann

Ministro Luiz José Dezena da Silva

Ministro Evandro Pereira Valadão Lopes

Primeira Turma

Ministro Walmir Oliveira da Costa, Presidente

Ministro Hugo Carlos Scheuermann

Ministro Luiz José Dezena da Silva

Segunda Turma

Ministro José Roberto Freire Pimenta, Presidente

Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes

Ministra Maria Helena Mallmann

Terceira Turma

Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Presidente

Ministro Mauricio Godinho Delgado

Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte

Quarta Turma

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Presidente

Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos

Ministro Alexandre Luiz Ramos

Quinta Turma

Ministro Emmanoel Pereira (Afastado temporariamente por integrar o CNJ)

Ministro Douglas Alencar Rodrigues, Presidente

Ministro Breno Medeiros

Desembargador João Pedro Silvestrin (Convocado)

Sexta Turma

Ministro Lelio Bentes Corrêa

Ministra Kátia Magalhães Arruda, Presidente

Ministro Augusto César Leite de Carvalho

Sétima Turma

Ministro Renato de Lacerda Paiva

Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, Presidente

Ministro Evandro Pereira Valadão Lopes

Oitava Turma

Ministro João Batista Brito Pereira

Ministra Dora Maria da Costa

Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, Presidente

Ministros do Tribunal Superior do Trabalho



Maria Cristina
Peduzzi (Presidente)



Vieira de Mello Filho
(Vice-Presidente)



Aloysio Corrêa da
Veiga (Corregedor-Geral)



Ives Gandra da Silva
Martins Filho



João Batista Brito
Pereira



Renato de Lacerda
Paiva



Emmanoel
Pereira



Lelio Bentes Corrêa



Alberto Luiz Bresciani
de Fontan Pereira



Dora Maria
da Costa



Guilherme Augusto
Caputo Bastos



Márcio Eurico
Vital Amaro



Walmir Oliveira
da Costa



Maurício Godinho
Delgado



Kátia Magalhães
Arruda



Augusto César Leite
de Carvalho



José Roberto Freire
Pimenta



Delaíde Alves
Miranda Arantes



Hugo Carlos
Scheuermann



Alexandre de Souza
Agra Belmonte



Cláudio Mascarenhas
Brandão



Douglas Alencar
Rodrigues



Maria Helena
Mallmann



Breno
Medeiros



Alexandre Luiz
Ramos



Luiz José Dezena
da Silva



Evandro Pereira
Valadão Lopes

Sumário

I – APRESENTAÇÃO

II – DOCTRINA

II.1 – Temas de Direito Individual do Trabalho

1. Trabalho intermitente: condição, termo ou encargo?
Intermittent work: condition, term or mandate?
Mauricio de Carvalho Salviano.....19
2. Aspectos polêmicos da jornada de trabalho 12x36
Content aspects of the 12x36 working day
Fábio Ribeiro Rocha e Lorena de Mello Rezende Colnago27
3. Relações de trabalho por plataforma digital de entrega na pandemia de Covid-19: uma análise crítica das implicações jurídicas e sociológicas
Labour relations by digital delivery platforms during the COVID-19 pandemic: a critical analysis of its juridical and sociological implications
Ana Beatriz Bueno de Jesus, Bruna da Penha de Mendonça Coelho e Jéssica Lima Brasil Carmo.....50
4. Lei geral de proteção de dados aplicada pelos tribunais trabalhistas: a coleta de dados pelo Poder Judiciário e a colisão de princípios
General data protection law applied by labor courts: the collection of data by the Judiciary and the collision of principles
Bruna de Sá Araújo e Luciana Lara Sena Lima67
5. O trabalho remoto dos docentes no Brasil em tempos de pandemia: reflexões jurídicas sobre a alteração do *locus* e *modus*
The remote work of teachers in Brazil in pandemic time: legal reflections about changing of locus and modus
Thaís Cláudia D’Afonseca da Silva e Cristiane Carvalho Andrade Araújo83
6. O direito patrimonial de propriedade intelectual do empregado autor de programas de computador
The intellectual property law of the employee author of softwares
Renata Barbosa Castralli Mussi.....98
7. A responsabilidade empresarial nos casos de acidente do trabalho: uma análise a partir do rompimento da barragem de Brumadinho em Minas Gerais
Corporate responsibility in case of accident at work: an analysis from the breakage of Brumadinho’s dam in Minas Gerais
Aline Carneiro Magalhães, Raquel Andrade e Silva e Roberta Freitas Guerra.....117

II.2 – Temas de Direito Coletivo do Trabalho

8. A cláusula democrática na dispensa coletiva e o Art. 477-A da CLT
The democratic clause in collective dismissal and the article 477-A of the CLT
Rodrigo Fonseca Marinho.....139
9. Novos paradigmas do Direito Coletivo do Trabalho
New paradigms of the Collective Labor Law
Ivani Contini Bramante158

II.3 – Temas de Direito Processual do Trabalho

10. A possibilidade da utilização do recurso de revista no caso de violação de convenções da OIT <i>The possible use of the legal appeal concerning violation of ILO conventions</i> <i>Lucas Silva de Castro, Ana Virginia Moreira Gomes e Sarah Linhares Ferreira Gomes</i>	169
11. O bem de família no processo de execução trabalhista e o direito fundamental de moradia do devedor <i>The homestead in labor execution process and the debtor's fundamental right to housing</i> <i>Bianca Bastos</i>	186
12. A Súmula nº 126 do TST e os fatos que, por disposição legal, não dependem de prova <i>The TST "Súmula" no. 126 and the facts that, by law, do not depend on proof</i> <i>Thiago d'Ávila Melo Fernandes e José Marcelo Leal de Oliveira Fernandes</i>	207
13. Desterritorialização e seus impactos no Direito Processual do Trabalho <i>The impacts of deterritorialization in Procedural Labor Law</i> <i>Camila Miranda de Moraes e Fausto Siqueira Gaia</i>	225
14. O procedimento de homologação de acordo extrajudicial na esfera trabalhista: ensaio sobre sua aplicação, regras e divergências jurisprudenciais <i>The extrajudicial agreement approval procedure in the labor sphere: testing its application, rules and jurisprudential divergences</i> <i>Michel Carlos Rocha Santos e Vanessa Barbosa Sousa</i>	237
15. O uso da tecnologia como instrumento para a manutenção dos serviços da Justiça do Trabalho durante a pandemia <i>The use of technology as an instrument for maintenance of Labor Justice services during the pandemic</i> <i>Tânia Regina Silva Reckziegel</i>	255
16. A aplicabilidade da inteligência artificial ao processo do trabalho e a segurança jurídica <i>The applicability of artificial intelligence to the work process and legal security</i> <i>Samantha Caroline Ferreira Moreira e Ricardo Augusto Fernandes</i>	267

III – NOTAS E COMENTÁRIOS

Centenário de Nascimento de Ministro do TST	283
Comissão de Documentação e Memória	286
Justiça do Trabalho – 80 anos de existência	287

Apresentação

A *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, em seu vol. 86, nº 4, relativa ao trimestre de outubro a dezembro de 2020, é uma obra composta por 16 artigos jurídicos e científicos inéditos e originais, selecionados pela Comissão Permanente de Documentação e Memória, atualmente integrada pelos Ministros Mauricio Godinho Delgado (presidente), José Roberto Freire Pimenta e Douglas Alencar Rodrigues (membros titulares).

Os trabalhos publicados nesta edição contam com as reflexões de acadêmicos, professores, juristas, pesquisadores e profissionais sobre temas do Direito do Trabalho e suas relações diretas e transversais com outros campos do saber. Tais reflexões têm o condão de contribuir para a compreensão e a (re) construção da realidade social, pautada na efetivação dos direitos fundamentais destinados à proteção da dignidade humana nos idos contemporâneos, inclusive em tempos de pandemia da Covid-19.

Assim, o presente número do periódico jurídico e científico do TST divide-se em dois grandes eixos: “DOCTRINA”, com três capítulos temáticos; e “NOTAS E COMENTÁRIOS”.

No eixo “DOCTRINA”, o primeiro capítulo conta com sete artigos voltados a temas de Direito Individual do Trabalho. A abordagem perpassa por temas de grande relevância como aqueles relacionados ao trabalho intermitente, à jornada de trabalho 12x36 e seus aspectos polêmicos, às relações de trabalho digital – inclusive no tocante ao trabalho docente remoto –, à Lei Geral de Proteção de Dados e à propriedade intelectual. O rompimento da barragem de Brumadinho, em Minas Gerais, na perspectiva da responsabilidade civil, também é objeto de análise neste primeiro capítulo temático.

O segundo capítulo dedica-se aos temas de Direito Coletivo do Trabalho e é composto por dois artigos, que propõem reflexão acerca da cláusula democrática na dispensa coletiva e das transformações das funções sindicais, a partir da Lei nº 13.467, de 2017, e da legislação produzida no contexto pandêmico.

O terceiro capítulo possui sete artigos jurídicos que abordam temas de Direito Processual do Trabalho. Tais artigos tratam de temas processuais, a partir da perspectiva constitucional e dos impactos das novas tecnologias aplicadas na esfera jurisdicional trabalhista, que instigam a reflexão com base em uma abordagem plural.

Finda a parte específica da “DOUTRINA”, o periódico jurídico e científico apresenta o eixo dedicado a “NOTAS E COMENTÁRIOS”.

Neste segundo eixo, registram-se três importantes notícias. A primeira delas é a reprodução, na íntegra, da justa homenagem realizada pelo Tribunal Pleno do TST ao Exmo. Ministro Carlos Alberto Barata Silva do TST por ocasião de seu centenário de nascimento. Ficaram registradas nas atas do Tribunal Superior do Trabalho, bem como foram enviadas ao TRT da 4ª Região e à família do Ministro Barata Silva, a reverência à memória do ilustre membro da Magistratura Trabalhista e de sua profícua trajetória na história desta Justiça Especializada e da cultura jurídica trabalhista.

A segunda notícia de grande relevo é a aprovação, pelo Tribunal Pleno do TST, de alteração regimental, que possibilitou a alteração do nome da Comissão Permanente de Documentação para Comissão Permanente de Documentação e Memória. A pequena alteração nominal constitui um avanço institucional e simbólico expressivo para a Justiça do Trabalho, que é resultado de diversos projetos bem-sucedidos no âmbito da memória institucional desta Justiça Especializada.

A terceira notícia refere-se às ações comemorativas dos 80 anos da Justiça do Trabalho a serem realizadas pela Exma. Ministra-Presidente do TST e do CSJT, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, com apoio de um comitê coordenado pelo Ministro Ives Gandra Martins Filho e composto por servidores de diversas áreas do TST.

Integram as ações comemorativas dos 80 anos da Justiça do Trabalho, com o apoio da Comissão Permanente de Documentação e Memória, o lançamento da edição especial comemorativa da *Revista do Tribunal Superior do Trabalho* e do Memorial Virtual da Justiça do Trabalho. Será realizado Seminário Internacional, no mês de agosto de 2021, com lançamento de livro retratando a história da Justiça do Trabalho e de medalha comemorativa, entre outras destacadas ações comemorativas desse marco histórico.

Por fim, com esta sintética APRESENTAÇÃO, deseja-se que este número da *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, mais do que apresentar discussões doutrinárias, contribua para a realização da competência desta Justiça Especializada dirigida à efetividade do Direito do Trabalho constitucionalizado e de seu compromisso com o Estado Democrático de Direito.

Boa leitura!

Mauricio Godinho Delgado

Ministro Presidente da Comissão de Documentação e Memória do TST

Parte 1 – Temas de Direito Individual do Trabalho

TRABALHO INTERMITENTE: CONDIÇÃO, TERMO OU ENCARGO?

INTERMITTENT WORK: CONDITION, TERM OR MANDATE?

Mauricio de Carvalho Salviano*

RESUMO: O contrato de trabalho intermitente permite ao empregador que – de forma potestativa – determine quando que o empregado terá serviços a ser prestados, ou seja, estamos diante de um evento futuro e incerto, mas, desde já, o contrato de trabalho existe e é válido, aguardando apenas seus efeitos começarem. No Direito Civil, quando o efeito não é imediato nos contratos, surgem três espécies desses acidentes no negócio jurídico, chamados de termo, condição e encargo. Verificaremos se um destes se aplica ao trabalho intermitente, e, se positivo, quais especificidades serão a eles designadas, tomando por analogia o Código Civil.

PALAVRAS-CHAVE: Intermitente. Termo. Condição. Encargo.

ABSTRACT: The intermittent employment contract allows the employer to – in a potestative way – determine when the employee will have services to be rendered, that is, we are facing a future and uncertain event, but, from now on, the employment contract exists and is valid, just waiting for its effects to begin. In Civil Law, when the effect is not immediate in contracts, three types of accidents arise in the legal business, called term, condition and mandate. We will check if one of these applies to intermittent work, and, if positive, what specifics will be assigned to them, taking the Civil Code by analogy.

KEYWORDS: Intermittent. Term. Condition. Mandate.

1 – Introdução

A Reforma Trabalhista fez germinar um novo tipo de contrato de emprego, chamado intermitente, em que o registro desse negócio jurídico é realizado na Carteira de Trabalho, mas a execução do contrato só começará quando o empregador quiser dar algum serviço ao empregado.

Ou seja, o contrato existe, é válido, mas ainda não produz efeitos, pois não há trabalho a ser realizado, enquanto a empresa não determinar o que deve ser feito. Enquanto isso, não há salário também a ser pago, e o empregado poderá, inclusive, prestar serviços a outras pessoas, enquanto isso.

O legislador, em 2017, resolveu colocar o conceito do que vem a ser o trabalho intermitente na CLT – Consolidação das Leis do trabalho, o que não é

* Mestre em Direito das Relações Sociais, subárea do Direito do Trabalho, pela PUC-SP; professor de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Paulista; advogado.

muito inteligente, como já afirmava Reale (2003), já que este preferia cláusulas gerais abertas, em contraposição a um direito estático, como ficou claro no anteprojeto do Código Civil, que se tornou na Lei nº 10.406/02. Vejamos esta passagem do Filósofo do Direito:

“O resultado da compreensão superadora da posição positivista foi a preferência dada às *normas ou cláusulas abertas*, ou seja, não subordinadas ao renitente propósito de um rigorismo jurídico cerrado, sem nada se deixar para a imaginação criadora dos advogados e juristas e a prudente, mas não menos instituidora, sentença dos juízes.”

Portanto, vem a CLT e disciplina no § 3º do art. 443 que:

“Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.”

Um destaque importante é a quebra de um dos requisitos qualificadores de quem é o empregado, no caso, a habitualidade na prestação de serviços, pois ficou claro na redação acima que o trabalho intermitente não é contínuo, com “alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade”.

E, como já afirmado alhures, quem irá determinar quando haverá trabalho será o empregador, condicionando-o a um evento futuro e incerto.

Nesse momento, fica a dúvida se essa situação do trabalho intermitente se qualificaria como um dos elementos do terceiro degrau da escada Ponteano (Pontes de Miranda), ou seja, da eficácia dos negócios jurídicos – elementos acidentais – como o termo, a condição ou o encargo.

Procuraremos identificar se essa potestatividade do empregador se encaixaria em um desses elementos acima, e, caso seja positivo, verificaremos as peculiaridades de cada um desses modais. Faremos a análise desses itens em tópicos específicos, para verificar em que quadrante poderemos classificar o trabalho intermitente, bem como seus limites, dentro do ordenamento jurídico.

Antes, porém, necessário apontar que não se irá discutir se o contrato de emprego, intermitente, é válido ou não, pois – ao analisar a eficácia dos negócios jurídicos – já se presume que o contrato existe e é válido, com a presença de agente capaz, objeto lícito, forma escrita (art. 452-A da CLT), e vontade livre e consciente, conforme art. 104 do Código Civil.

Analisaremos, com efeito, o ato do empregador de determinar a prestação de serviços, as consequências do contrato na vida laboral, como prevê o § 1º do art. 452-A da CLT, *verbis*: “O empregador convocará, por qualquer meio de comunicação eficaz, para a prestação de serviços, informando qual será a jornada, com, pelo menos, três dias corridos de antecedência”.

O contrato intermitente não é um negócio jurídico com eficácia imediata. Para que seus efeitos ocorram, necessário aguardar a ordem patronal. Enquanto o trabalho não ocorrer, o contrato não tem plena eficácia.

2 – Da eficácia

Destacamos, *ab initio*, que o art. 2.035 do Código Civil impõe que os efeitos do negócio jurídico serão analisados quando da concretude do objeto contratual, enquanto que o plano de existência e de validade será analisado quando da celebração do contrato de trabalho.

Eis o teor do citado artigo:

“Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.”

Como declara Cassettari (2019, p. 158):

“Os fatores de eficácia devem ser analisados quando da produção de efeitos do negócio jurídico. Isso não macula o ato jurídico perfeito que está ligado ao plano de validade, e a sua análise deve sempre partir da lei vigente no momento da sua celebração.”

Logo, se for realizado um contrato estipulando o trabalho intermitente, sempre que o empregador exigir os serviços no futuro deverá verificar se o objeto contratado ainda é lícito, se o horário de trabalho ainda é permitido, se as normas de medicina e segurança do trabalho ainda são as mesmas, pois, como é um contrato de eficácia futura, qualquer coisa que se alterar no tempo haverá necessidade de adaptação ou revisão, por força do art. 2.035 do Código Civil suprarreferido.

Desse modo, aplicam-se no contrato de trabalho intermitente os seguintes institutos civis, em caso de execução futura, com alteração normativa após a celebração do ajuste contratual:

DOCTRINA

a) Da resolução por onerosidade excessiva:

“Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.”

b) Da revisão contratual:

“Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.”

“Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

3 – Do termo

Passada a introdução aos efeitos do negócio jurídico, vamos analisar cada um dos acidentes previstos no Código Civil, a começar pelo termo.

Cassettari (2019, p. 160) afirma se tratar de “cláusula que subordina o efeito do negócio jurídico a um evento futuro e certo”. Com isso, teremos uma data certa que dará eficácia ao contrato, isto é, quando o exercício do direito será possível de ser realizado.

Para Nery (2019, p. 438):

“No art. 131 do CC o conceito está ligado ao limite de algo que tem extensão de tempo. É o dia de começar ou findar a eficácia de um negócio. O termo (*dies*) é a cláusula acessória típica por virtude da qual os efeitos do negócio são postos na dependência dum acontecimento futuro, mas certo. A existência e até a efetividade está assegurada. Só intervém aqui um limite temporal.”

O contrato de trabalho intermitente, quando o empregador resolve determinar ao empregado que preste serviços em algum momento no futuro, estará produzindo efeitos, começando a ter eficácia plena nesse dia em que houver labor. E, no caso *sub examine*, teremos um termo inicial e final, fixando no tempo o início e fim da jornada de trabalho requerida.

Todavia, o § 1º do art. 452-A da CLT não traz um prazo certo, um termo certo, deixado ao bel-prazer do empregador definir quando que o empregado

será convocado para trabalhar. Logo, é incerto o evento “trabalho”, pois está suspenso o exercício do direito ao trabalho, sem data certa para iniciar.

Importante destacar que o direito ao trabalho está adquirido, mas seu exercício está suspenso, aguardando a ordem empresarial. Tanto é verdade, que o Código Civil tem previsão expressa sobre esse fato, conforme art. 131, *verbis*: “O termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito”.

Se fosse possível termos a certeza de que o evento trabalho irá ocorrer, poderíamos configurar o trabalho intermitente como termo incerto, que a doutrina também o chama de *certus an incertus*. Cassettari (2019, p. 160) declara que: “é aquele certo quanto ao fato, mas incerto quanto à duração. Como exemplo, citamos a morte (sabemos que ela chega, mas não quando ocorre)”.

No mais, por força do art. 135 do Código Civil, “ao termo inicial e final aplicam-se, no que couber, as disposições relativas à condição suspensiva e resolutiva”. Desse modo, vamos analisar a condição, para complementar os estudos do termo.

4 – Da condição

O termo e a condição não se confundem. Há uma similitude, no entanto, que é a futuridade. No entanto, a condição está sedimentada no negócio jurídico, como uma cláusula que irá subordinar a eficácia do contrato a um evento futuro, como já se disse, mas incerto.

De forma simples, Figueiredo (2019, p. 144) informa que “Condição: é um evento futuro e incerto a que, por vontade das partes, se subordina o efeito do negócio jurídico”.

Nesse sentido, o art. 121 do Código Civil: “Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”.

Em síntese, na condição, temos a suspensão da aquisição e do exercício do direito, ligado a um negócio jurídico existente e válido. Lembrando que esse contrato de trabalho decorre da vontade das partes.

O contrato de trabalho intermitente poderia ser um contrato de emprego simples, de prestação de serviços não eventuais, mas o legislador optou por deixar ao direito potestativo do empregador quando que a mão de obra do empregado será requerida.

E aqui reside um empecilho à aplicação da condição no contrato de trabalho intermitente, pois o art. 122 do Código Civil não permite a estipulação

desse acidente no negócio jurídico, quando se sujeitar “ao puro arbítrio de uma das partes”. Eis aqui o texto legal:

“Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.”

No caso do contrato de trabalho intermitente, estamos diante de uma condição puramente potestativa, que, como diz Cassettari (2019, p. 159), “é aquela cujo efeito depende do arbítrio exclusivo de uma das partes. O art. 122 do Código Civil a proíbe”. No caso, estaremos diante do livre e único arbítrio do empregador, que, exclusivamente, irá designar quando que o serviço será prestado, conforme § 1º do art. 452-A da CLT.

Estamos diante do querer e do poder unilateral do empregador. Logo, a condição não se aplica ao contrato de trabalho intermitente.

Aliás, esse contrato de trabalho intermitente é estranho, pois tem aparência de condição (evento futuro e incerto), mas porque há uma condição potestativa do empregador na prestação de serviços, que gerará renda, o empregado fica refém de uma expectativa de direito, que o art. 122 do Código Civil não permite, mas a Reforma Trabalhista concordou, como se viu do § 1º do art. 452-A da CLT.

Sente-se que o Direito do Trabalho está ficando mais civilista do que o Direito Civil. A liberdade e a autonomia do empregador foram incrementadas exponencialmente, em contraponto aos direitos do empregado. O contrato de trabalho não pode comportar incerteza, haja vista que o empregado sobrevive da onerosidade do negócio jurídico.

5 – Do encargo

O encargo, também chamado de modo, diferentemente da condição, não suspende a aquisição nem o exercício do direito constante no negócio jurídico, pois aqui a pessoa que tem já o direito necessitará cumprir um encargo, um ônus, em decorrência.

Importante relembrar, então, o disposto no art. 136, primeira parte, do Código Civil: “O encargo não suspende a aquisição nem o exercício do direito”.

Há, então, a imposição de um ônus, para que o contrato produza efeitos, como, por exemplo, farei uma doação de um carro, se alguém cuidar de meu avô até ele morrer.

DOCTRINA

No contrato de trabalho não se identifica essa situação. Por ser comutativo, o empregador dá o trabalho a ser feito pelo empregado, e este, perfazendo-o, tem direito a receber o salário.

O encargo então é uma limitação da vontade, uma restrição àquilo que receberei, e normalmente é incluído em negócios jurídicos gratuitos. O favorecido terá que fazer uma obrigação, em troca daquilo que for dado. Assim, darei algo a você com a finalidade de que algo seja prestado a mim, a terceiro, ou a uma coletividade indefinida.

Vale a pena comparar os arts. 122 e 137, ambos do Código Civil, em que no primeiro está proibida a condição puramente potestativa, já analisada anteriormente, e quando do encargo, tal situação é permitida.

O citado art. 137 do Código Civil assim determina: “Considera-se não escrito o encargo ilícito ou impossível, salvo se constituir o motivo determinante da liberalidade, caso em que se invalida o negócio jurídico”.

Então, se na condição não se pode criar uma forma que se sujeite uma parte do negócio ao puro arbítrio da outra parte, no modo ou encargo será possível, admissível, portanto.

6 – Conclusão

O contrato de trabalho intermitente, definido pela CLT, no art. 443, § 3º, como um contrato *sui generis*, em que não há habitualidade na prestação de serviços, trouxe uma especificidade que é explicada pelo Direito Civil, isto é, estamos diante de um negócio jurídico que existe, é válido, mas não é eficaz.

Diz-se que não é efetivo, pois, apesar de o contrato estar registrado em Carteira de Trabalho, não há obrigação do empregador em pagar salário, haja vista que o empregado não trabalhou ainda.

Referido fato ocorre, uma vez que quem estipulará quando o empregado prestará serviços será o empregador, em data futura e incerta.

Não há, no trabalho intermitente, pagamento por estar o empregado disponível ao empregador, como está registrado no § 5º do art. 452-A da CLT, portanto, a onerosidade, característica central do contrato de emprego, só aparecerá se o empregador conceder algum trabalho a ser feito.

No Código Civil, quando a eficácia fica suspensa, do negócio jurídico, isto ocorre por conta dos institutos chamados de termo, condição e encargo.

DOCTRINA

Termo é uma situação jurídica que depende de um evento futuro e certo, suspendendo o exercício do direito, e, como o contrato intermitente depende da vontade do empregador em determinar um serviço ao empregador, futuramente e em data incerta; logo, não será o termo aplicável a esta modalidade contratual trabalhista.

Na condição, suspensa está a aquisição e o exercício do direito, também por um evento futuro, mas incerto. Todavia, não se aplica o Código Civil ao contrato intermitente, já que a CLT permitiu a condição puramente potestativa, que é uma situação que provoca nulidade no negócio jurídico que contém referida condição.

Por fim, o encargo, que é um ônus criado por uma das partes, que não suspende o exercício do direito, como determina o art. 136 do Código Civil, também não se encaixa no contrato de trabalho intermitente, uma vez que o exercício do direito ao salário só virá se houver labor (comutatividade), e isso não é classificado como um ônus, até porque, na seara civilista, o encargo geralmente é apontado como existente em negócios gratuitos.

Com efeito, o contrato de trabalho intermitente não tem balizas civilistas. Sua gênese não se enquadra em nenhum instituto civil – como termo, condição ou encargo – para compreendermos a que título o empregador possui o direito de determinar, unilateralmente, quando o empregado trabalhará e, com isso, receberá salários.

Essa condição potestativa pura, não aceita pelo Direito Civil, foi agasalhada pela CLT, deixando a uma das partes do contrato de emprego, no caso o empregador, o total controle da prestação de serviços, em detrimento da continuidade, do trato sucessivo, da habitualidade, que sempre foram características fundamentais no negócio jurídico trabalhista, pois enseja o pagamento de salários para sobrevivência e bem-estar do trabalhador.

7 – Referências bibliográficas

CASSETTARI, Christiano. *Elementos de direito civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira. *Manual de direito civil*. São Paulo: RT, 2019.

NERY Jr., Nelson. *Instituições de direito civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2019.

REALE, Miguel. *A boa-fé no Código Civil*. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>. Acesso em: 15 set. 2020.

Recebido em: 17/09/2020

Aprovado em: 03/11/2020

ASPECTOS POLÊMICOS DA JORNADA DE TRABALHO 12X36

CONTENT ASPECTS OF THE 12X36 WORKING DAY

Fábio Ribeiro da Rocha*

Lorena de Mello Rezende Colnago**

RESUMO: O presente artigo analisará os aspectos polêmicos da jornada de trabalho 12x36, especialmente a necessidade de convenção ou acordo coletivo de trabalho para sua adoção e as recentes normatizações estabelecidas pela Lei nº 13.467/2017.

PALAVRAS-CHAVE: Jornada de Trabalho 12x36. Negociação Coletiva. Requisitos de Validade. Atividade Insalubre. Adicional Noturno. Feriados Laborados. Horas Extras Habituais.

ABSTRACT: *This article will analyze the controversial aspects of the 12x36 working day, especially the need for a collective labor agreement or agreement for its adoption and the recent and regulations established by Law no. 13,467/2017.*

KEYWORDS: *12x36 Workday. Collective Bargaining. Validity Requirements. Unhealthy Activity. Nighttime Additional. Worked Holidays. Usual Overtime.*

1 – Introdução

A Lei nº 13.467/2017 introduziu o art. 59-A na CLT para tratar dos direitos dos empregados que laboram na jornada de trabalho especial 12x36, que já havia sido reconhecida pela jurisprudência trabalhista.

O tema tem importância jurídica na medida em que aparece com frequência nos questionamentos trabalhistas em sede de reclamação, mas também de ações anulatórias de instrumentos normativos, além de ser um fator apontado como causa de inúmeros acidentes de trabalho por ensejar fadiga e perda de concentração no obreiro.

* *Juiz do trabalho titular do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região; especialista em Direito Constitucional pela PUC-SP; mestre em Direito do Trabalho pela PUC-SP; doutorando em Direito do Trabalho pela USP; presidente da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 2ª Região – AMATRA-2 – biênio 2016/2018; conselheiro da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região – EJUD2 – biênio 2018/2020.*

** *Juíza do trabalho substituta do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região; especialista em Processo do Trabalho, Direito Individual e Coletivo do Trabalho e Previdenciário pela UNIVES; mestre em Processo pela UFES; doutoranda em Direito do Trabalho pela USP.*

DOCTRINA

O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, com coleta de dados legislativos, doutrinários e jurisprudenciais, não tendo um marco teórico fixo, uma vez que utilizamos o pensamento de autores da Teoria Geral do Direito e da Constituição, do Direito do Trabalho e do Direito Civil.

A jornada de trabalho 12x36, em que o empregado trabalha 12 (doze) horas seguidas e depois goza de intervalo entre jornadas de 36 (trinta e seis) horas corridas, intercalando semanas com 40 (quarenta) horas de trabalho e semanas com 48 (quarenta e oito) horas de trabalho, tornou-se muito recorrente em alguns segmentos da economia, especialmente nos setores de vigilância e saúde.

Confira-se o novo preceito normativo em questão:

“Art. 59-A. Em exceção ao disposto no art. 59 desta Consolidação, é facultado às partes, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação.

Parágrafo único. A remuneração mensal pactuada pelo horário previsto no *caput* deste artigo abrange os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados, e serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando houver, de que tratam o art. 70 e o § 5º do art. 73 desta Consolidação.”

Em sintonia com o novo art. 59-A da CLT, o legislador reformista introduziu o parágrafo único no art. 60 da CLT de modo a dispensar, nas atividades insalubres, a prévia licença das autoridades competentes em matéria de higiene e saúde do trabalho para a realização da jornada de trabalho especial 12x36. Leia-se o novo texto legal:

“Art. 60. Nas atividades insalubres, assim consideradas as constantes dos quadros mencionados no capítulo ‘Da Segurança e 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 entrarão em entendimento para tal fim.

Parágrafo único. Excetuam-se da exigência da licença prévia as jornadas doze horas de trabalho por trinta e seis horas ininterruptas de descanso.”

Entretanto, a Lei nº 13.467/2017 deve ser interpretada de forma sistemática e inserida no ordenamento jurídico com observância às normas constitucionais.

2 – Negociação coletiva

A negociação coletiva é um espaço público de realização do Estado Democrático de Direito¹, uma vez que pressupõe a existência de manifestação volitiva bilateral de entes coletivos (sindicatos, centrais sindicais e empresas) na construção do Direito e em busca da harmonização do conflito capital-trabalho. E sob essa perspectiva, a negociação coletiva como um procedimento prévio para a celebração de instrumentos normativos deve pautar-se nos princípios da probidade e da boa-fé, tal qual ocorre com as tratativas preliminares e o pré-contrato no âmbito do Direito Civil².

O princípio da boa-fé pode ser expresso como um dever geral de agir não só em conformidade com a lei, mas também de não fazer a outrem o que não se pretende que não seja feito por outrem a si mesmo, pois a liberdade de um indivíduo termina quando inicia a liberdade de seu semelhante; isso, na visão kantiana de moral, que a enuncia como um dever pelo dever³.

O princípio da probidade, ou melhor, o dever de probidade inserido do ordenamento pátrio expressamente pelo Código Civil de 2002, é decorrente da necessidade de adequação do agir humano baseado na ética, ou como preferem alguns, na eticidade. E a ética pode ser enunciada como a visão de bem comum inserida numa determinada comunidade⁴.

1 Sobre a manifestação da democracia em espaços públicos de discussão cf. LUCHI, José Pedro. Prope-dêutica habermasiana do direito. *Revista de Filosofia*, UFES, ano VII, n. 7, p. 175-200, jan./jun. 2001.

2 Posição doutrinária encampada pela jurisprudência (p. ex., RR 471/2004-097-03-00, Rel. Min. Vantuil Abdala, DJ 28.11.08). Por todos: AZEVEDO, Antônio Junqueira. *O princípio da boa-fé nos contratos*. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero9/artigo7.htm>. Acesso em: 12 jan. 2013. Há ainda o PL nº 276/07, que transforma o art. 422 da seguinte forma: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios de probidade e boa-fé e tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade” (BRASIL. Câmara dos Deputados. *PL nº 276, de 2007*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=343231>. Acesso em: 12 jan. 2013).

3 KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Os Pensadores, 12)

4 *Ibid.*

DOCTRINA

A função social do contrato, prevista no art. 421 do Código Civil, encerra a aplicação dos princípios da probidade e da boa-fé na manifestação da autonomia privada e tem por escopo a mitigação da liberdade individual, ou coletiva, por meio da obrigatória adequação dos negócios jurídicos a um proveito metaindividual que todos os membros da sociedade devem obter com a contratação, ou seja, os instrumentos contratuais não devem servir apenas às partes, mas devem satisfazer igualmente às necessidades sociais de toda uma coletividade, em observância ao dever de colaboração entre os contratantes e à solidariedade (objetivo da República expresso no art. 3º, inciso I, da Constituição Cidadã).

Essas necessidades sociais circunscrevem-se no direito conferido a todo cidadão de que as normas de um Estado sejam cumpridas por todos, a fim de que o convívio em sociedade seja realizado em harmonia e respeito, realizando-se plenamente os ideais de segurança jurídica.

Na função social da negociação coletiva, tem-se que as tratativas preliminares à celebração do negócio jurídico coletivo laboral deve igualmente respeitar os limites da boa-fé e da probidade, de modo a considerar-se ilícita toda tentativa prejudicial ao trabalhador.

A doutrina civilista concluiu que a função social do contrato se efetiva quando as partes agem com lealdade e honestidade em todas as fases do contrato, ou seja, nas tratativas iniciais, na conclusão do contrato, na execução e após sua extinção, pois a função social dos contratos impõe um dever transindividual de proteção da coletividade, em especial, quanto aos membros que não participaram diretamente do negócio jurídico bilateral, mas que reflexamente são atingidos por seus efeitos gerais⁵.

Além disso, pode-se citar o estudo de Larenz como uma das melhores descrições da aplicação da boa-fé nas relações contratuais, como se observa no seguinte trecho da obra *Derecho de Obligaciones*:

“(...) tal dever (de boa-fé) em primeiro lugar dirige-se ao devedor, com o mandado de cumprir a sua obrigação, atendo-se não só à letra, mas também ao espírito da relação obrigacional correspondente e na forma que o credor possa razoavelmente esperar dele. Em segundo lugar dirige-se ao credor, com o mandado de exercer o direito que lhe corresponde, atuando segundo a confiança depositada pela outra parte

5 MACHADO, Luciano Rodrigues. A função social e a legitimação para a causa. p. 318-352. In: MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Questões processuais no novo Código Civil*. São Paulo: Manole; ICE, 2006. p. 328-329.

e a consideração altruísta que essa outra parte possa pretender segundo a classe de vinculação especial existente. Em terceiro lugar, dirige-se a todos os participantes da relação jurídica em questão, com o mandado de se conduzirem conforme corresponder em geral ao sentido e à finalidade desta especial vinculação a uma consciência honrada.”⁶

Assim, quando se trata de negociação coletiva no âmbito da duração do trabalho, em especial, quanto ao elastecimento da jornada de trabalho, a redução ou supressão dos intervalos intra e interjornadas, a função social da negociação coletiva deve ser invocada, bem como o respeito à dignidade humana do trabalhador.

Em momento algum, o legislador constituinte originário autorizou o aumento da jornada em detrimento da saúde do trabalhador (extrapolação da jornada máxima diária e semanal ou supressão/redução de intervalos intrajornada e interjornada).

A Constituição Federal de 1967, em seu art. 165, inciso VI, assegurava a duração diária do trabalho não excedente às oito horas, com intervalo para descanso, salvo casos especialmente previstos. Tais casos eram os do art. 59 da CLT, sendo que este último estabelecia como limite máximo dez horas diárias. Logo, à época, além de ilegal, era também inconstitucional a celebração de acordo, mesmo por negociação coletiva, para a prestação de serviços em jornada de trabalho especial 12x36.

A atual Constituição Federal, no inciso XIII do art. 7º, admitiu a compensação de horários sem qualquer limite, salvo a duração semanal máxima, legitimando tal sistema, desde que adotado por convenção ou acordo coletivo. Portanto, desde que exista lei, acordo escrito, ou norma coletiva para a compensação de horas, é válido o regime de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso.

Confira-se o teor da norma constitucional em comento:

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

(...)

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

6 LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958. p. 148.

Sendo assim, na forma do art. 7º, inciso XIII, da CF/88, é possível a implantação de jornada de trabalho em regime de compensação, mediante negociação coletiva ou por disposição legal, como, por exemplo, do Bombeiro Civil (art. 5º da Lei nº 11.901/09) e Domésticos (art. 10 da Lei Complementar nº 150/2015). Confira-se:

“BOMBEIRO CIVIL. NORMA COLETIVA QUE AMPLIA O LIMITE LEGAL DA CARGA HORÁRIA SEMANAL. INVALIDADE. O art. 5º da Lei nº 11.901/09 estabelece que a jornada do Bombeiro Civil é de 12 horas por 36 de descanso, limitada a 36 horas semanais, do que resulta a prestação de serviços em três dias da semana, caso adotada a escala 12x36. Assim, a empresa que admite bombeiros civis deve se organizar de maneira que as escalas respeitem a limitação máxima semanal prevista na legislação ordinária, não sendo válida a disposição coletiva que a amplia, mormente sem contrapartidas identificáveis. Neste sentido, recentes e recorrentes decisões do c. TST. Recurso patronal improvido.” (TRT 2ª Região, RO 00018926320155020057, Rel. Des. Ricardo Artur Costa e Trigueiros, 4ª Turma, publ. 18.08.2017)

Essa jornada de trabalho, embora albergue aspectos positivos, tem implicações negativas do ponto de vista da higidez do trabalhador, indo de encontro à segurança no trabalho, por fugir da normalidade do horário fixado na Constituição e no Diploma Celetista, com limite máximo de oito horas diárias, razão pela qual, para adoção de tal regime, se faz necessária a autorização em norma coletiva, com a intervenção das entidades sindicais. Nesse sentido, destacamos os ensinamentos do Jurista Homero Batista Mateus da Silva⁷:

“O art. 59-A oficializa, de modo amplo, a jornada 12x36. Existe longo histórico (e altas controvérsias) dessa escala de trabalho, fruto dos usos e costumes em atividades que, em geral, não podem sofrer solução de continuidade, como o atendimento à saúde, à vigilância e à hotelaria. Há vários argumentos favoráveis (como redução dos deslocamentos ao longo do mês e concentração do trabalho em 15 dias) e desfavoráveis (como o aumento dos acidentes de trabalho na 12ª hora e a fadiga acumulada em profissões que exigem elevado grau de atenção e acuidade visual). A jornada consta de parâmetros básicos na Súmula nº 444 do TST e tem assento na legislação especial dos domésticos (LC nº 150/2015) e dos bombeiros (Lei nº 11.901/09) – sendo que, nesse caso, o padrão máximo é de três dias por semana ou 36 horas por semana.”

7 SILVA, Homero Batista Mateus. *CLT comentada*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 105.

As extensas jornadas de trabalho no Brasil constituem um grave problema. O Brasil é um país recordista em acidentes de trabalho e, ao mesmo tempo, é um dos países que tem a jornada de trabalho mais elástica⁸.

Com efeito, a jurisprudência trabalhista reconhece a validade da jornada de trabalho especial 12x36, afora previsão em disposição legal, em caráter excepcional, mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho, por tratar de norma de ordem pública de segurança do trabalho, desde que observadas as cautelas necessárias para a restauração das condições físicas do trabalhador, o que vai de encontro ao direito fundamental de redução dos riscos inerentes ao trabalho (CF/88, art. 7º, XXII).

Nesse aspecto, destacamos as palavras do Magistrado Guilherme Guimarães Feliciano⁹:

“O legislador não poderia autorizar jornadas excedentes das oito horas diárias (ou durações semanais excedentes das quarenta e quatro horas), porque tais limites configuram o *minimum minimorum* constitucional previsto em favor dos trabalhadores urbanos e rurais. Apenas à autonomia privada coletiva conferida, pela vontade do constituinte originário, a possibilidade jurídica de se redimensionar os limites diários ou semanais de duração do trabalho, em caráter excepcional e com as devidas contrapartidas negociais; não à autonomia privada individual.”

O empregado em tal regime não tem direito ao pagamento de adicional de horas extras relativo ao período entre oitava e a 12ª horas do dia laboradas.

Nessa linha, é o pacífico entendimento jurisprudencial do colendo TST consubstanciado na Súmula nº 444 da SDI-1, *in verbis*:

“JORNADA DE TRABALHO. NORMA COLETIVA. LEI. ESCALA DE 12 POR 36. VALIDADE (Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 – republicada em decorrência do despacho proferido no processo TST-PA-504280/2012.2 – DEJT divulgado em 26.11.2012). É válida, em caráter excepcional, a jornada de 12 horas de trabalho por 36 de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado

8 LEE, Sangheon; McCANN, Deirdre; MESSENGER, Jon C. *Duração do trabalho em todo o mundo: tendências de jornadas de trabalho, legislação e políticas numa perspectiva global comparada*. Secretaria Internacional de Trabalho. Brasília: OIT, 2009.

9 DIAS, Carlos Eduardo Oliveira *et al. Comentários à Lei da Reforma Trabalhista*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 60.

não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na 11ª e 12ª horas.”

No mesmo sentido, é a Súmula nº 68 do egrégio TRT da 2ª Região:

“JORNADA DE TRABALHO. ESCALA 12X36. AUSÊNCIA DE NORMA COLETIVA OU LEI QUE AUTORIZE. EFEITOS PECUNIÁRIOS. (Res. TP nº 03/2017 – DOEletrônico 12.05.2017). Cumprida a jornada de 12X36, sem lei ou norma coletiva que a autorize, deve o empregador remunerar a hora extra integral (hora acrescida do adicional aplicável) para aquelas laboradas acima do módulo de oito horas diárias e 44 semanais.”

Colacionamos jurisprudência esclarecedora sobre a validade da jornada de trabalho 12x36:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO DO MUNICÍPIO DE PENHA. REGIME DE TRABALHO DE 12X36 HORAS. FERIADOS. AUSÊNCIA DE PACTUAÇÃO MEDIANTE ACORDO OU CONVENÇÃO COLETIVA. INVALIDADE. ENTE PÚBLICO. Nos termos da Súmula nº 444 desta Corte: ‘É válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda horas’. Esse entendimento é mantido quando o Município, ente integrante da Administração Pública indireta, é o empregador, tendo em vista a jurisprudência desta Corte no sentido de que a vedação à celebração de acordo e convenção coletiva de trabalho pela Administração Pública apenas existe quando há aumento de despesa sem a correspondente dotação orçamentária, em face da interpretação sistemática dos arts. 39, § 3º, 7º, XIII, e 169, § 1º, I e II, da Constituição Federal, o que não é o caso da estipulação acerca da adoção do regime 12x36. Ainda que se considerasse que o ente público está adstrito ao princípio da legalidade e, portanto, não poderia firmar acordo coletivo de trabalho, por não poder conceder vantagens sem previsão legal, é certo que a questão continuaria superada pelo entendimento da Súmula nº 444 deste Tribunal, na medida em que o Município tinha a prerrogativa de editar uma lei municipal, a fim de regulamentar a adoção da jornada 12x36, observando, assim, o princípio constitucional da legalidade de que devem ser revestidos os atos da Administração Pública (art. 37, *caput*, da Constituição Federal), o

que também não foi feito. Tendo o Regional reputado inválido o regime de compensação da jornada de trabalho de 12x36 horas, uma vez que adotado sem previsão em norma coletiva ou em lei, sua decisão mostra-se em sintonia com a jurisprudência sedimentada nesta Corte, o que obsta o almejado processamento do Apelo. Pertinência do § 7º do art. 896 da CLT e da Súmula nº 333 do TST. Recurso de revista não conhecido.” (TST, ARR 290-27.2016.5.12.0056, Relª Minª Maria de Assis Calsing, j. 30.05.2018, 4ª Turma, DEJT 08.06.2018)

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) promoveu Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5.994) pretendendo a inconstitucionalidade dos dispositivos celetistas alterados pela Lei nº 13.467/2017, que autorizam o regime de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso por meio de acordo individual escrito entre empregado e empregador. O Procurador-Geral da República apresentou sua manifestação nos autos pela inconstitucionalidade das referidas alterações, defendendo a necessidade de negociação coletiva para regime compensatório de horários.

Portanto, em que pese a redação dada ao art. 59-A da CLT pela Lei nº 13.467/2017, temos que, a partir da CF/88, o sistema de compensação de horas de trabalho passou a se sujeitar à negociação coletiva, nos termos do seu art. 7º, XIII, o que, efetivamente, conferiu importância fundamental à negociação coletiva (art. 7º, XXVI, da CF), razão pela qual é essencial para a validade da jornada de trabalho 12x36 a previsão em acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho ou previsão legal.

3 – Atividade insalubre

Trabalho insalubre é aquele que é nocivo à saúde do trabalhador em decorrência de sua natureza, condições ou métodos de trabalho, que resultem na exposição a agentes nocivos à sanidade física, acima dos limites de tolerância fixados, em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos, nos termos do art. 189 da CLT.

Pela leitura do art. 60 da CLT, não há óbice à compensação de jornada de trabalho, porém, existem requisitos administrativos que deverão ser cumpridos pelo empregador para ser válida qualquer compensação laborativa. Sendo o ambiente insalubre, deverá o empregador obter licença junto à autoridade competente em matéria de higiene do trabalho.

DOCTRINA

A matéria é infensa à negociação coletiva e somente o laudo técnico da autoridade administrativa poderá aferir as condições de trabalho nesses locais insalubres.

Nesse sentido, reconhecendo a importância das matérias relacionadas à saúde e higiene do trabalho, o legislador reformista introduziu o art. 611-B, inciso XVII, na CLT, *in verbis*:

“Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos:

(...)

XVII – normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho.”

Entretanto, de forma contraditória ao artigo celetista acima transcrito, o legislador reformista pretende excluir da obrigatoriedade de licença prévia por parte das autoridades competentes e das entidades sindicais a prorrogação de jornada em ambiente insalubre aos trabalhadores submetidos à jornada de trabalho 12x36 (CLT, art. 60, parágrafo único).

Entendemos que a fixação de jornada de trabalho superior a oito horas em atividades insalubres, sem prévia autorização das entidades responsáveis pela higiene e segurança do trabalho, afronta o art. 7º, XXII, da Constituição Federal.

Confira-se o teor da norma constitucional em comento:

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

(...)

XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.”

Afronta também a Convenção nº 155/81 da OIT, ratificada pelo Brasil em 1994, que trata da saúde e segurança do trabalho na ordem jurídica internacional e possui natureza de supralegalidade.

Sendo assim, na forma do art. 7º, inciso XXII, da CF/88, é possível a implantação de jornada de trabalho em regime de compensação em ambiente insalubre somente mediante prévia autorização da autoridade competente. Além disso, não é possível a negociação coletiva acerca de prorrogação de jornada de trabalho em ambiente insalubre.

É incompreensível a intenção do legislador reformista, pois determina a observância de uma série de formalidades para a prorrogação de atividades insalubres em jornada de oito horas (CLT, art. 60, *caput*), mas permite a prorrogação do labor em atividades insalubres nas jornadas de 12 horas, sem quaisquer formalidades, ocasião em que o trabalhador encontra-se em condição mais adversa, onerosa e com elevado desgaste físico e mental (CLT, art. 60, parágrafo único).

Destacamos as críticas ao dispositivo celetista em comentário pelo Jurista Homero Batista Mateus da Silva¹⁰:

“Independentemente do conceito que se tenha da jornada 12x36, o legislador de 2017 errou no conceito que fez sobre saúde, higiene e segurança do trabalho; partiu da premissa de que fosse possível ao trabalhador recuperar as energias no dia seguinte, após 12 horas de exposição aos agentes físicos, químicos e biológicos. São dois assuntos completamente diferentes que devem ser aferidos no âmbito das prorrogações de jornada e dos ajustes de compensação: de um lado, existe o revigoramento físico e mental, proporcionado, de maneira básica, pelas folgas semanais e pelas folgas compensatórias das horas extras; de outro lado, existem as pesquisas empreendidas no campo da saúde educacional, em que se analisam os impactos das fontes agressivas sobre o corpo humano, normalmente à razão de oito horas de expediente diário. Assim, se a pesquisa indica que 85dB correspondem ao limite máximo de pressão sonora suportado por um ser humano exposto à base de oito horas diárias, ele não pode absolutamente ficar exposto por dez horas ou 12 horas, ainda que tenha várias folgas na semana. A pressão sonora exerce efeitos acumulativos e, portanto, não se pode liberar genericamente a atividade insalubre com horas extras. Essa é a exegese do art. 60, *caput*, e esse é o motivo pelo qual tantas dúvidas pairam sobre a autorização para horas extras em ambiente insalubre ser dada pela entidade sindical, ao invés do órgão público especializado na matéria.

A Lei nº 13.467/2017 liberou o empregador a imprimir a jornada de 12 horas em ambiente insalubre, sem autorização pública nem sindical (art. 60, parágrafo único) e, ainda, libera os sindicatos a ajustarem essa exposição para qualquer outro tipo de jornada, horas extras ou compensação (art. 611-A, XIII), desmoralizando completamente o art. 60. É verdade que alguns casos podem ser considerados de menor impacto ao

10 SILVA, Homero Batista Mateus. *Comentários à reforma trabalhista*. 2. ed. São Paulo: RT, 2018. p. 111.

organismo, como algumas formas de exposição à umidade (anexo 10, NR 15) ou à oscilação de temperatura (anexo 9, NR 15), mas o dispositivo em questão representa uma autorização perigosa demais para o jurista concordar, quando lembramos do exemplo dos ruídos ocupacionais, dos ruídos de impacto, vibrações, radiações de todas as modalidades, agentes químicos e agentes biológicos. Porque em rota de colisão com o art. 7º, XXII, da CF, e por se tratar de uma norma que deliberadamente amplia os riscos de doença ocupacional inerentes ao trabalho, opinamos por sua inconstitucionalidade no plano jurídico e sua ineficácia no plano contratual.”

Igualmente, são os comentários da Professora Vólia Bomfim Cassar¹¹, *in verbis*:

“A necessidade de prévia autorização concedida por um técnico para o trabalhador estender sua jornada em local insalubre tem fundamento na proteção da saúde do trabalhador, pois só um perito na matéria pode afirmar com segurança se o grau de nocividade muda com o maior tempo de exposição do empregado ao agente nocivo.

Entretanto, ignorando esse fato, o parágrafo único do art. 60 da CLT autorizou o trabalho insalubre em regime de compensação de jornada sob o sistema de 12 horas por 36 horas de descanso em ambiente insalubre, colocando em risco a saúde do trabalhador, pois este fica exposto mais tempo ao agente insalubre sem que isso tenha sido previamente autorizado por um *expert*.”

Colacionamos jurisprudência esclarecedora sobre o tema:

“RECURSO DE REVISTA. 1. COMPENSAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO EM ATIVIDADE INSALUBRE. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SETORIAL NEGOCIADA. REDUÇÃO DOS RISCOS INERENTES À SEGURANÇA E À SAÚDE DO TRABALHADOR. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ARTS. 1º, III, 7º, VI, XIII, XIV, XXII, 170, *CAPUT*, E 225. CONVENÇÃO Nº 155 DA OIT. DIREITO REVESTIDO DE INDISPONIBILIDADE ABSOLUTA. IMPOSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO. A Constituição Federal estipulou, como direito dos trabalhadores, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXII). Essa inclusive é a orientação que se extrai da Convenção nº 155 da OIT, ratificada pelo

11 CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Método, 2017. p. 32.

Brasil em 18.05.92, que expressamente estabelece a adoção de medidas relativas à segurança, à higiene e ao meio ambiente do trabalho. No caso de atividades insalubres, para regularidade da prorrogação da jornada, é necessário que seja dada licença prévia de autoridade competente em matéria de higiene e saúde (art. 60 da CLT). Nesse contexto, mesmo que haja norma coletiva autorizando o regime compensatório em atividade insalubre, é imprescindível a observância da obrigação de haver inspeção e permissão das autoridades competentes, na forma do citado art. 60 da CLT. Isso porque a negociação coletiva trabalhista não tem poderes para eliminar ou restringir direito trabalhista imperativo e expressamente fixado por regra legal, salvo havendo específica autorização da ordem jurídica estatal. Em se tratando de regra fixadora de vantagem relacionada à redução dos riscos e malefícios no ambiente do trabalho, de modo direto e indireto, é enfática a proibição da Constituição ao surgimento da regra negociada menos favorável (art. 7º, XXII, da CF). Em coerência com essa nova diretriz, o Tribunal Pleno do TST cancelou a Súmula nº 349/TST, cancelando também outros verbetes que flexibilizavam a legislação na área de saúde e segurança laborais (item II da Súmula nº 364 e OJ Transitória nº 4 da SDI-1 do TST). Desse modo, não há como prevalecer cláusula que estabelece a prorrogação da duração do trabalho e faculta compensação de jornada nas atividades insalubres independentemente de licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho. Recurso de revista conhecido e provido, no tema.” (TST, 3ª Turma, RR 210-12.2013.5.04.0373, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, DEJT 28.11.2014)

Sendo assim, o exercício da jornada de trabalho 12x36 em ambiente insalubre necessita de autorização prévia do órgão competente do Ministério do Trabalho e Emprego, por se tratar de matéria de ordem pública afeta à saúde do trabalhador, infensa à negociação coletiva, razão pela qual, reconhecemos a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 60 da CLT.

4 – Adicional noturno. Hora noturna reduzida

O fundamento para que a contraprestação da hora noturna seja superior à diurna é o fato de garantir a higidez física e mental do trabalhador em face da penosidade do trabalho noturno, no qual o trabalhador despende maior esforço do que aquele que cumpre jornada no período diurno.

Entendemos que a maior remuneração do trabalho noturno é imperativa, norma de ordem pública, resultante do art. 7º, IX, da Constituição Federal. So-

DOCTRINA

mente os horários da jornada noturna e os percentuais dos respectivos adicionais noturnos podem ser distintos, conforme a legislação aplicável, porém, jamais se deve excluir a imperatividade de seu adimplemento.

Confira-se o teor da norma constitucional em comento:

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

(...)

IX – remuneração do trabalho noturno superior à do diurno.”

Por essa mesma razão, o horário posterior às cinco horas da manhã, quando em prorrogação à jornada noturna, também é conceituado como noturno e assim remunerado, por força do disposto no § 5º do art. 73 da CLT. Nesse passo, é devida a redução da hora noturna.

As condições adversas de trabalho continuam existindo após as cinco horas da manhã, de forma até mais acentuadas. Assim, nos termos do art. 73, § 5º, da CLT, devido o adicional noturno no caso de prorrogação da hora noturna.

Nesse sentido, é o entendimento jurisprudencial consubstanciado na Súmula nº 60 da SDI-1 do colendo TST, *in verbis*:

“ADICIONAL NOTURNO. INTEGRAÇÃO NO SALÁRIO E PRORROGAÇÃO EM HORÁRIO DIURNO. I – O adicional noturno, pago com habitualidade, integra o salário do empregado para todos os efeitos. (ex-Súmula nº 60 – RA 105/74, DJ 24.10.74). II – Cumprida integralmente a jornada no período noturno e prorrogada esta, devido é também o adicional quanto às horas prorrogadas. Exegese do art. 73, § 5º, da CLT.” (ex-OJ nº 6 – Inserida em 25.11.96)

Entretanto, o legislador reformista, sem qualquer equilíbrio e ponderação, considerou remuneradas e/ou compensadas as prorrogações de trabalho noturno pela remuneração mensal pactuada com o empregado que exercer sua atividade laborativa na jornada de trabalho 12x36, configurando um regime compressivo.

Entendemos que, nesse caso, o adicional noturno é devido (art. 73, § 1º, da CLT), desde que às 12 horas de trabalho compreendam todas as horas noturnas (das 22h às 5h) e, ainda, se prorrogue. Todo o trabalho que vai além das 05h00 também é hora noturna.

Nesse sentido, destacamos os ensinamentos do Jurista Homero Batista Mateus da Silva¹²:

“Piora ainda mais a situação deste artigo o fato de que ele considera embutidas as horas destinadas à redução noturna, comprimindo mais de 1h de trabalho por madrugada integral laborada pelo empregado – ou 1h15min se ele se ativar, por exemplo, das 19h às 7h, pois nesse caso os direitos noturnos vão das 22h às 7h.

O dispositivo quer ser o mais abrangente possível, prevendo a supressão da hora noturna reduzida e, ainda, a supressão do intervalo para refeição, tudo para que as 12h sejam mantidas intactas e o turno seguinte entre na sequência, sem a mínima oscilação. Nesse particular, a pausa para a refeição e a redução ficta dos serviços noturnos ‘atrapalham’ os cálculos. Dado que o art. 7º da CF determina remuneração da hora noturna superior à hora diurna e dado que o TST possui sólida jurisprudência no sentido de que a majoração noturna é feita cumulativamente pelo adicional noturno e pela hora noturna reduzida, será inconstitucional a interpretação de que a jornada 12x36 noturna pode ser pactuada sem nenhuma compensação da redução noturna.”

O entendimento jurisprudencial do colendo TST é no sentido de que, cumprida integralmente a jornada no período noturno com prorrogação para o período diurno, é devido o adicional noturno quanto às horas trabalhadas no período diurno, ainda que se trate de jornada mista.

“RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. ADICIONAL NOTURNO. PRORROGAÇÃO EM HORÁRIO DIURNO. É devido o adicional noturno quando o empregado permanece em serviço além das cinco horas da manhã, em prorrogação do trabalho noturno. Frise-se que o fato de a jornada de trabalho ser mista não afasta a incidência do citado verbete, pois, quando noturna, era cumprida integralmente e prorrogada após as cinco horas da manhã. Decisão regional proferida em consonância com o entendimento firmado na Súmula nº 60, II, do Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista de que não se conhece.” (TST, RR 132200-82.2007.5.15.0001, Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, j. 10.05.2017, 7ª Turma, DEJT 19.05.2017)

“ADICIONAL NOTURNO. PRORROGAÇÃO DA JORNADA NOTURNA. Está cientificamente provado que o trabalho noturno é nocivo

12 SILVA, Homero Batista Mateus. *CLT comentada*. 2. ed. São Paulo: RT, 2018. p. 106.

à saúde do trabalhador. Por isso, a CLT impõe restrições à sua adoção, como, por exemplo, ocorre com os menores, e tenta compensar o empregado pelos danos consequentes, ao determinar o pagamento do adicional noturno e a observância da hora noturna reduzida de 52 minutos e 30 segundos. O fato de parte da jornada ser cumprida fora do horário noturno (no caso concreto, das 5h às 7h) não autoriza a concluir que é menos penosa. Muito pelo contrário. O empregado passa a noite toda em claro, trabalhando e assim continua até às 7h. Recurso da reclamada a que se nega provimento.” (TRT 2ª Região, RO 1000314-14.2019.5.02.0023, 11ª Turma, Rel. Des. Flávio Villani Macedo, DJT 19.11.2019)

Por todo exposto, entendemos pela inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 59-A da CLT atinente à remuneração mensal pactuada pelo trabalho realizado na jornada 12x36 englobando as prorrogações do trabalho noturno.

5 – Feriados laborados

O art. 59-A, parágrafo único, da CLT também passa a dispor que, nas jornadas de trabalho 12x36, os repousos semanais remunerados e os feriados laborados coincidentes com as escaladas de trabalho cumpridas reputam-se já remunerados e/ou compensados, configurando um regime compressivo.

É certo que, em havendo previsão nas normas coletivas, o cumprimento da jornada de trabalho 12x36 não gera direito ao pagamento dos domingos eventualmente trabalhados, eis que estes se encontram incluídos nas 36 horas de descanso. O mesmo raciocínio, contudo, não pode ocorrer com relação aos feriados eventualmente trabalhados.

O trabalhador submetido à jornada de trabalho 12x36 tem o mesmo direito de qualquer outro empregado sujeito à jornada convencional, qual seja, de não trabalhar nos feriados. A Lei nº 13.467/2017 não revogou o art. 9º da Lei nº 605/1949, que permanece intacto e disciplina a remuneração em dobro dos feriados trabalhados.

Se um empregado trabalha de forma fixa, de segunda a sexta-feira, em jornada de oito horas diárias, e existe um feriado na quarta-feira, esse mesmo empregado não vai trabalhar e vai receber o equivalente ao dia do feriado de forma singela. Por outro lado, se na jornada de trabalho 12x36, o empregado trabalhar em feriados por conta da coincidência da escala, por óbvio que tem direito a receber esse dia em dobro.

Nesse sentido, é o entendimento jurisprudencial consubstanciado na Súmula nº 444 da SDI-1 do colendo TST:

DOCTRINA

“JORNADA DE TRABALHO. NORMA COLETIVA. LEI. ESCALA DE 12 POR 36. VALIDADE. É válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda horas.”

No mesmo sentido, é a Súmula nº 47 do egrégio TRT da 2ª Região:

“JORNADA DE TRABALHO. ESCALA 12X36. PAGAMENTO EM DOBRO DOS FERIADOS TRABALHADOS. (Res. TP nº 06/2015 – DOEletrônico 11/12/2015). Os domingos trabalhados no regime de escala 12X36 não são devidos em dobro, já que se trata de dia normal de trabalho. Os feriados trabalhados, sem folga compensatória, são devidos em dobro.”

E mais, destacamos os ensinamentos do Jurista Homero Batista Mateus da Silva¹³:

“Diferentemente do entendimento do TST, o art. 59-A inserido pela Lei nº 13.467/2017 considera que os feriados já estão embutidos na compensação da jornada 12x36. Nesse particular, o TST estava certo e a Reforma de 2017 errou: embora para o leigo pareça que um dia de folga seguinte a um dia de trabalho já represente a folga compensatória do domingo ou do feriado, temos que lembrar que, na verdade, a carga de 12h embute 4h a mais que necessitam de dia extra para a folga; assim, o dia seguinte era destinado a compensar parte do dia anterior, havendo pouco espaço de manobra para a compensação do feriado. Basta o mês ter seis dias de descanso – mesclando feriados e domingos – para a conta não fechar.”

Colacionamos jurisprudência esclarecedora sobre o tema:

“RECURSO DE REVISTA. ESCALA 12X36. NORMA COLETIVA. AUSÊNCIA. COMPENSAÇÃO. AJUSTE INDIVIDUAL. IMPOSSIBILIDADE. A jornada de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso é válida tão somente quando prevista em lei ou em norma coletiva (Súmula nº 444 desta Corte). A Corte Regional, sob o fundamento de não haver norma coletiva autorizando a prestação de serviços

13 *Ibidem*, p. 106.

DOCTRINA

no regime 12x36, condenou a contratante ao pagamento, como extra, do adicional das horas excedentes à 8ª diária até a 44ª semanal e, após essas horas de trabalho, ao pagamento de horas extras e do respectivo adicional. Esclareceu haver apenas acordo individual de compensação. Por sua vez, a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de ser inaplicável a Súmula nº 85/TST aos casos em que descaracterizada a validade do regime de trabalho em escalas de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso, uma vez que referido regime não é propriamente um sistema de compensação de horários. Recurso de revista não conhecido. REGIME 12X36. FERIADOS LABORADOS. PAGAMENTO EM DOBRO. No caso, o Tribunal Regional consignou que o trabalho prestado em dia de feriado deve ser pago em dobro, porque o regime de 12x36 não exclui o referido direito do empregado. Nesse contexto, a decisão recorrida está em conformidade com a Súmula nº 444/TST, a qual dispõe que é assegurada aos empregados submetidos à escala 12x36, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. Intacto o art. 9º da Lei nº 605/1949 e superada a divergência jurisprudencial colacionada. Recurso de revista não conhecido.” (TST, 3ª Turma, RR 45000-39.2011.5.17.0131, Rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 25.11.2016)

Por todo o exposto, os dias laborados nos feriados devem ser pagos em dobro, pois não estão compensados pela remuneração mensal pactuada pelo cumprimento da jornada de trabalho 12x36, nos termos do art. 9º da Lei nº 605/1949.

6 – Intervalo intrajornada

A jornada de trabalho 12x36 não pode relevar o intervalo para refeição e descanso, que é obrigatório. O empregado não pode trabalhar sem tempo para repouso e alimentação, sob pena de aumentar as estatísticas dos acidentes de trabalho e doenças profissionais. A finalidade do instituto do intervalo intrajornada é a recomposição física e mental do trabalhador.

Entretanto, pela leitura do art. 59-A da CLT, o intervalo intrajornada poderá ser usufruído ou indenizado na jornada de trabalho 12x36. Isso significa que, aparentemente, para o trabalhador que laborar na jornada especial de 12x36, a supressão do intervalo intrajornada passa a estar legalmente autorizada, não configurando ilícito trabalhista.

DOCTRINA

Diante de interpretação sistemática nas normas celetistas, o art. 59-A da CLT não deve prevalecer, uma vez que o art. 71, § 3º, da CLT segue afirmando que é possível a redução do intervalo intrajornada, desde que o empregado não esteja em regime de horas extras. Ademais, a jornada 12x36 é um regime de horas extras.

Ainda, o próprio legislador reformista disciplinou no art. 611-A, III, da CLT, a redução do intervalo intrajornada, mediante negociação coletiva, porém, não inferior a 30 minutos para jornadas superiores às seis horas.

Nesse sentido, destacamos os ensinamentos do Jurista Homero Batista Mateus da Silva¹⁴:

“Ora, se os intervalos podem ser indenizados e se o dispositivo assevera que tudo pode ser ajustado em acordo individual escrito, a norma parece crer que seja possível no mesmo ajuste individual combinar a prorrogação da jornada e supressão da refeição. A situação ficou bastante confusa porque o art. 71, § 3º, não mexido na Reforma de 2017, segue afirmando que a redução do intervalo pode ser feita, desde que o empregado não esteja em regime de horas extras. A jornada 12x36 é um regime de horas extras, apenas desprovido de pagamento em dinheiro porque haverá compensação. Às vezes, tem-se a impressão de que horas extras seja uma expressão sinônima de pagamento, quando na verdade horas extras ocorrem toda vez em que for ultrapassada a jornada contratual, a jornada tácita ou a jornada legal. No caso, quando dizemos horas extras, normalmente se quer dizer o excedente da oitava hora, à luz do art. 7º, XIII, da CF. Logo, 12x36 é um regime de horas extras e não deve admitir a supressão da refeição, penosa para as jornadas regulares, duplamente penosa para as jornadas prorrogadas.”

Colacionamos jurisprudência esclarecedora sobre o tema:

“ACORDO DE COMPENSAÇÃO. ESCALA 12X36. HORAS EXTRAS. NÃO CONCESSÃO DE INTERVALO INTRAJORNADA. HORA NOTURNA REDUZIDA. INOBSERVÂNCIA. 1. Vulneta o art. 896 da CLT acórdão de Turma do TST que, mediante invocação inadequada da Súmula nº 297, não conhece de recurso de revista devidamente fundamentado em violação aos arts. 71, § 4º, 73, § 1º, também da CLT. 2. Empregado que labora em regime de compensação de jornada, em escala de 12x36 horas, ainda que encetada mediante acordo tácito, faz jus ao intervalo intrajornada e à hora noturna reduzida, por tratar-se de

14 *Ibidem*, p. 107.

direitos assegurados em normas de ordem pública (arts. 71, § 4º, e 73, § 1º, da CLT) e, portanto, indisponíveis pela vontade das partes, uma vez que tutelares da higiene, saúde e segurança do trabalho. 3. Embargos conhecidos e providos.” (TST, E-ED-RR-1343.1999-002-17-00.5, SBDI-1, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJ 06.10.06)

Por todo o exposto, é inválida a supressão, e conseqüente indenização, do intervalo intrajornada para os trabalhadores submetidos à jornada de trabalho 12x36.

7 – Horas extras habituais

A realização de horas extraordinárias habituais torna inválida a jornada de trabalho 12x36, pois esta, para ser considerada válida em caráter excepcional em razão dos prejuízos físicos, emocionais e sociais que ocasiona ao empregado, exige o fiel cumprimento da escala de trabalho. Dessa forma, o regime 12x36 fica descaracterizado diante da habitualidade do labor em horas extras.

A jornada de trabalho 12x36 não é acordo de compensação, mas, sim, ajuste para a adoção de sistema diferenciado de regime de horário de trabalho, razão pela qual sua descaracterização torna devidas todas as horas extras e respectivos adicionais excedentes da 8ª diária e 44ª semanal.

Colacionamos jurisprudência esclarecedora sobre o tema:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISITA INTERPOSTO PELA RECLAMADA SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014. I – ADICIONAL DE HORAS EXTRAS. JORNADA 12X36. AUSÊNCIA DE NORMA COLETIVA. INVALIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 85/TST. IMPOSSIBILIDADE. I – Cinge-se a controvérsia acerca da aplicabilidade da sistemática da Súmula nº 85 desta Corte, especificamente quanto ao pagamento apenas do adicional de horas extras, na hipótese em que resta invalidado o regime em escala de 12 horas de trabalho por 36 de descanso, por ausência de previsão em norma coletiva. II – Encontra-se consolidado nesta Corte, por meio da Súmula nº 444/TST, o entendimento de que ‘é válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda horas’. III – No caso dos autos, o Regional manteve

a sentença que declarou a invalidade do regime de trabalho 12x36 em razão da ausência de acordo coletivo de trabalho a legitimá-lo e condenou a reclamada ao pagamento de horas extras, consideradas as excedentes da 8ª diária e 44ª semanal. IV – O Tribunal Regional asseverou que não há falar em aplicação da Súmula nº 85 do TST, pois o regime 12x36 não é acordo de compensação, mas, sim, ajuste para adoção de sistema diferenciado de regime de horário de trabalho, sendo que, nos termos do item V do mencionado verbete, as disposições da súmula aplicam-se somente no caso de compensação semanal. V – A decisão recorrida, tal como posta, está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal, que perfilha entendimento no sentido da inaplicabilidade da Súmula nº 85/TST nos casos em que resta invalidada a jornada de trabalho 12x36, seja em decorrência da ausência de previsão em norma coletiva, seja em face da prestação habitual de horas extras. VI – Precedentes da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais e de Turmas desta Corte uniformizadora. VII – Estando a decisão recorrida em plena sintonia com a iterativa, atual e notória jurisprudência desta Corte, superado o dissenso pretoriano invocado, sobressaindo o óbice ao conhecimento do apelo, a teor do art. 896, § 7º, da CLT e da Súmula nº 333/TST. VIII – Agravo de instrumento a que se nega provimento.” (TST, AIRR 730-04.2014.5.09.0015, Rel. Min. Antonio José de Barros Levenhagen, j. 15.03.2017, 5ª Turma, DEJT 17.03.2017)

“JORNADA 12X36. PRESTAÇÃO HABITUAL DE HORAS EXTRAS. INVALIDADE. A habitualidade do sobrelabor descaracteriza a jornada 12x36, nos termos da Súmula nº 85 do c. TST. Evidenciada ofensa habitual aos horários de encerramento da jornada e intervalo para refeição e descanso, tem-se por inválida a jornada estabelecida em norma coletiva, sendo devidas horas extras. Recurso ordinário a que se dá provimento.” (TRT 2ª Região, RO 1000551-85.2017.5.02.0292, 17ª Turma, Rel. Celso Ricardo Peel Furtado de Oliveira, DJ 20.08.2018)

8 – Considerações finais

Diante de um tema tão polêmico, não tivemos a pretensão de esgotar a matéria, mas de tecer diretrizes para novas reflexões acerca da adoção da jornada de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso.

Ademais, a Lei nº 13.467/2017 deve ser interpretada de forma sistemática e inserida no ordenamento jurídico com observância às normas constitucionais.

DOCTRINA

A partir da CF/88, o sistema de compensação de horas de trabalho passou a se sujeitar à negociação coletiva, nos termos do seu art. 7º, XIII, o que, efetivamente, conferiu importância fundamental à negociação coletiva (art. 7º, XXVI, da CF), razão pela qual é essencial para a validade da jornada de trabalho 12x36 a previsão em acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho ou disposição legal.

O exercício da jornada de trabalho 12x36 em ambiente insalubre necessita de autorização prévia do órgão competente do Ministério do Trabalho e Emprego, por se tratar de matéria de ordem pública afeta à saúde do trabalhador, infensa à negociação coletiva, razão pela qual reconhecemos a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 60 da CLT.

Entendemos pela inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 59-A da CLT atinente à remuneração mensal pactuada pelo trabalho realizado na jornada 12x36 englobando as prorrogações do trabalho noturno.

Os dias laborados nos feriados devem ser pagos em dobro, pois não estão compensados pela remuneração mensal pactuada pelo cumprimento da jornada de trabalho 12x36, nos termos do art. 9º da Lei nº 605/1949.

É inválida a supressão, e conseqüente indenização, do intervalo intrajornada para os trabalhadores submetidos à jornada de trabalho 12x36.

A realização de horas extraordinárias habituais torna inválida a jornada de trabalho 12x36, pois esta, para ser considerada válida em caráter excepcional em razão dos prejuízos físicos, emocionais e sociais que ocasiona ao empregado, exige o fiel cumprimento da escala de trabalho.

9 – Referências bibliográficas

AZEVEDO, Antônio Junqueira. *O princípio da boa-fé nos contratos*. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero9/artigo7.htm>. Acesso em: 12 jan. 2013.

BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008.

BASÍLIO, Paulo Sérgio. Positivização da jornada de 12x36 no direito material do trabalho: primeiras impressões da Lei n. 11.901/2009. *Revista do Curso de Direito*, Salvador, UNIFACS, n. 115, jan. 2010. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/issue/view/92>. Acesso em: 10 jan. 2013.

BENGOECHEA, Juan Antonio Sagardoy. *Flexibilização no direito do trabalho espanhol: garantias mínimas ao trabalhador*. 2. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2004.

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

DOCTRINA

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Método, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2013.

DIAS, Carlos Eduardo Oliveira *et al.* *Comentários à Lei da Reforma Trabalhista*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; TREVISIO, Marco Aurélio Marsiglia; FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho. *Reforma trabalhista: visão, compreensão e crítica*. São Paulo: LTr, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. III.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Os Pensadores, 12)

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958.

LEE, Sangheon; McCANN, Deirdre; MESSENGER, Jon C. *Duração do trabalho em todo o mundo: tendências de jornadas de trabalho, legislação e políticas numa perspectiva global comparada*. Secretaria Internacional de Trabalho. Brasília: OIT, 2009.

LUCHI, José Pedro. Propedêutica habermasiana do direito. *Revista de Filosofia*, UFES, ano VII, n. 7, p. 175-200, jan./jun. 2001.

MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Questões processuais no novo Código Civil*. São Paulo: Manole; ICE, 2006.

MELO, Raimundo Simão. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013.

RIBEIRO, Rafael Edson Pugliese. *Reforma trabalhista comentada*. São Paulo: Juruá, 2018.

ROCHA, Fábio Ribeiro. *Efetividade do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho seguro e adequado*. São Paulo: LTr, 2016.

SILVA, Homero Batista Mateus. *CLT comentada*. 2. ed. São Paulo: RT, 2018.

Recebido em: 18/09/2020

Aprovado em: 03/11/2020

RELAÇÕES DE TRABALHO POR PLATAFORMA DIGITAL DE ENTREGA NA PANDEMIA DE COVID-19: UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS E SOCIOLÓGICAS

LABOUR RELATIONS BY DIGITAL DELIVERY PLATFORMS DURING THE COVID-19 PANDEMIC: A CRITICAL ANALYSIS OF ITS JURIDICAL AND SOCIOLOGICAL IMPLICATIONS

Ana Beatriz Bueno de Jesus*

Bruna da Penha de Mendonça Coelho**

Jéssica Lima Brasil Carmo***

RESUMO: A uberização, como fenômeno social aprofundado no século XXI, se expande nos períodos de crise, potencializando a precarização da mão de obra e enquadrando trabalhadores sob o fetiche de “homem-empREENDEDOR” e autônomo. Durante a pandemia da Covid-19, o trabalho de entrega por plataformas digitais alcançou *status* legal de “serviço essencial”, assumindo protagonismo no período de isolamento social e expondo as chagas da sua exploração: aumento de jornadas, diminuição de ganhos, prejuízo à saúde, adoecimento e morte. Essa repartição desigual dos efeitos da crise e a busca por promoção dos direitos fundamentais desses trabalhadores serviram de fundamento para ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho brasileiro. Tais questões foram objeto de análise neste artigo, especialmente sob a abordagem sociológica e jurídica, com a indicação de dados empíricos e revisão bibliográfica sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Conflito Capital-Trabalho. Entregadores por Plataformas Digitais. Covid-19. Ações Civis Públicas. Precarização.

ABSTRACT: Uberization, as a social phenomenon deepened in the 21st century, expands itself in periods of crisis, increasing the precariousness of the labor force and framing workers under the fetish of “entrepreneur” and autonomous. During the COVID-19 pandemic, delivery by digital platforms achieved legal status as an “essential service”, taking a center stage in the period of social isolation and exposing

* *Mestranda em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário (PPGD/UERJ; bolsista CAPES); pós-graduada em Direito Processual e do Trabalho pela CBEPJUR; graduada em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da UFRJ; integrante dos grupos de pesquisa Trabalho no Século XXI (UFRJ) e UERJ Labuta (UERJ).*

** *Doutoranda em Direito pelo PPGD/UERJ e em Sociologia pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP/UERJ; bolsista CNPq); mestra (PPGD/UERJ) e graduada em Direito pela UERJ; integrante do Laboratório de Estudos Interdisciplinares Crítica e Capitalismo (UERJ).*

*** *Mestranda em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário (PPGD/UERJ); pós-graduada em Direito Processual do Trabalho e Direito Processual Civil pela Universidade Veiga de Almeida (UVA); integrante do grupo de pesquisa Capitalismo, Trabalho e Direitos Fundamentais (UERJ); advogada.*

the wounds of exploitation: increased hours, decreased earnings, damage to health, illness and death. This unequal distribution of the effects of the crisis, as well as the search for promotion of the fundamental rights of these workers, served as a basis for public civil actions proposed by Brazilian Public Labor Prosecution Office. Such questions were analyzed in this article, especially under the sociological and legal approach, with the indication of empirical data and bibliographic review on the topic.

KEYWORDS: Capital-Labor Conflict. Deliverers by Digital Platforms. COVID-19. Public Civil Actions. Precariousness.

1 – Introdução

Diante da crise social agravada pela pandemia de Covid-19, a dinâmica das relações de trabalho brasileiras é afetada de forma profunda. A mercantilização da força de trabalho, característica basilar do processo de autovalorização capitalista, expande-se e leva ao limite as contradições intrínsecas a esse modo de produção. Para contornar a crise econômica sem alterar as estruturas sociais desiguais, a relação social *capital* demanda que os trabalhadores sejam expostos, em níveis cada vez mais intensos, a condições laborais precárias.

A esse fator que, em si, já constitui a dinâmica social capitalista, soma-se o cenário de isolamento social, medida recomendada pelas entidades sanitárias para minimizar a propagação do vírus. Cresce a demanda por serviços de entrega a domicílio e, conseqüentemente, o lucro das plataformas digitais envolvidas nesse processo de agenciamento de mão de obra. Os trabalhadores de entrega, sem que lhes seja reconhecido qualquer tipo de vínculo empregatício com as plataformas (e, portanto, qualquer proteção trabalhista e previdenciária) e sem que participem minimamente das riquezas geradas por sua força de trabalho, são expostos, de forma mais intensa, a toda sorte de risco social. A escolha do tema se justifica, portanto, por sua atualidade e relevância.

É nesse contexto socioeconômico que se insere o objetivo central deste artigo, que é o de perquirir o seguinte problema de pesquisa, por meio de uma investigação jurídica e sociológica: como podem ser visualizadas as condições laborais dos trabalhadores por plataformas de entrega durante a pandemia, além dos debates acerca das implicações jurídicas advindas dessa especial relação de trabalho? Como metodologia, o estudo conjuga pesquisa bibliográfica (com o aporte de obras críticas do pensamento social, especialmente do direito do trabalho e da sociologia do trabalho) e pesquisa empírica (a partir de dados secundários que dão conta do perfil social dos trabalhadores e de suas condições de trabalho).

O artigo se divide, assim, em dois eixos. Não se trata de divisão estanque, mas apenas de forma de organização dos argumentos desenvolvidos ao longo

do texto. O primeiro eixo, que se aproxima do campo temático da sociologia do trabalho, analisa as condições de trabalho dos entregadores, com foco para a especificidade da mercantilização da força de trabalho nessa relação, para os indicadores sociais relativos a esses trabalhadores, bem como para os impactos agravados pela pandemia em sua subjetividade e saúde.

Por sua vez, o segundo eixo se insere de forma mais direta na área do direito do trabalho, abordando precedentes judiciais (selecionados em função de sua exemplaridade para o tema abordado) em sede de Ação Civil Pública durante a pandemia. A conjugação entre as investigações jurídica e sociológica possibilita situar o direito, de forma mais profunda, nas relações sociais materiais regidas pelo conflito capital-trabalho.

2 – Implicações sociológicas

2.1 – Capitalismo, exploração e indicadores sociais do trabalho de entrega por plataformas no Brasil

Para bem compreender as condições laborais dos trabalhadores por plataformas de entrega, faz-se necessário traçar premissas sociológicas básicas sobre o funcionamento do modo de produção sob o qual vivemos. Isso, porque o controle das relações de trabalho ocupa centralidade ímpar em sua reprodução – e aqui falamos em capitalismo enquanto relação social em sentido amplo e total, não meramente em relações econômicas. Afinal, sabe-se que é a partir dos rearranjos trabalhistas que o capitalismo contorna suas crises e mantém em curso sua marcha de expansão.

Se as relações sociais nesse modo de produção estão regidas pela lógica tendente à mercantilização de todos os aspectos da vida social, bem como pela necessidade de autovalorização do capital, é preciso ter em mente o processo social que permite que essa engrenagem seja mantida em funcionamento e ampliada: o despojamento dos trabalhadores de seus meios de produção e a transfiguração da força de trabalho em mercadoria¹. Essa mercadoria especial, capaz de gerar novo valor ao passo que é consumida pelo capitalista, dá o tom das particularidades da exploração do trabalho no capitalismo.

Desprovida de qualquer possibilidade de reproduzir a própria vida e subsistência, posto que historicamente espoliada dos meios para tanto, resta

1 MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Livro I: O processo de produção do capital. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

à classe trabalhadora lançar sua força de trabalho ao mercado, nas condições controladas e determinadas pela relação social capital. O cenário se faz ainda mais dramático em países de capitalismo dependente, como o Brasil, pelos contornos específicos da formação da classe trabalhadora, pelo histórico de superexploração da mão de obra e pelos processos de subalternização imperialista, que impelem os trabalhadores a se sujeitarem às mais predatórias condições laborais possíveis.

Tudo se passa como se houvesse uma equivalência na relação entre trabalhadores e a classe capitalista, uma justa troca entre força de trabalho e remuneração (seja ela juridicamente salarial ou não). Ocorre que a natureza diversa desses bens (força de trabalho de um lado; pagamento e produto final de outro) faz com que o trabalhador não seja remunerado pela riqueza que produziu – e muito menos pela energia e pelo esforço vitais que despendeu. O processo de trabalho é mais amplo que as variáveis envolvidas nessa equação de troca, e o trabalhador labora mais tempo que o socialmente necessário para reproduzir sua própria força de trabalho².

E como se percebe essa relação de subordinação no trabalho de entrega por meio de plataformas digitais? Importante notar, para os fins deste artigo, que, muito embora o discurso hegemônico pregue uma suposta autonomia desses trabalhadores, a relação se dá exatamente segundo a mesma lógica que se aplica à classe trabalhadora como um todo. Sabemos que essa classe é heterogênea e que engloba uma série de particularidades, seja em função do tipo de trabalho exercido, das maiores ou menores possibilidades de vida, ou das implicações desiguais resultantes da divisão sexual, racial e territorial do trabalho.

No entanto, apesar dessa heterogeneidade, há uma característica central que identifica a classe trabalhadora enquanto tal: o fato de não possuir os meios de produção e de não controlar sua própria existência, necessitando vender sua força de trabalho a terceiros para (tentar) acessar bens e serviços no mercado e, conseqüentemente, subsistir. E é exatamente o que se passa com os trabalhadores em plataformas de entrega e em relações uberizadas em sentido amplo: ainda que, eventualmente, alguns possam vir a ter um ou outro bem instrumental ao trabalho (como o veículo), não possuem o controle sobre a forma como se desenvolve seu processo laboral.

Tendo em vista todo esse quadro histórico e sociológico, como situar o momento que estamos vivendo em 2020, marcado por uma pandemia mundial que atinge a população de forma abertamente desigual? Em meio a muitas

2 *Ibidem*.

incertezas, algo é certo: a crise aprofundada pela pandemia não é apenas sanitária, tampouco se trata de uma inovação ou um desvio na trajetória do modo de funcionamento do capitalismo. De fato, experimentamos uma ampla crise social (política, econômica, ambiental, ideológica, etc.) que não foi inaugurada pelo vírus, mas apenas por ele amplificada. As contradições inerentes ao modo de produção capitalista, como o basilar conflito capital-trabalho, tendem, em cenários como esse, a se esgarçar e se tornar mais explícitas.

Diante do isolamento social e da consequente ampliação das demandas em aplicativos, os serviços de entrega, tidos como oficialmente essenciais, tornaram-se mais vultosos. Mas isso não significou que os trabalhadores tenham sido chamados a se sentar à mesa da repartição das riquezas geradas. Pelo contrário, os relatos dão conta de rebaixamento remuneratório, ampliação de jornadas, falta de equipamentos de proteção, alta exposição a acidentes de trânsito e à enfermidade da Covid-19, bem como bloqueios indevidos no acesso do trabalhador à plataforma³.

Sobre as condições de trabalho e o sofrimento experimentado por esses trabalhadores na pandemia, o próximo tópico deste artigo se debruçará de forma mais detida. Por ora, restam algumas considerações importantes sobre o perfil social dos trabalhadores de entrega, a partir de indicadores, como cor, faixa etária, remuneração, jornada e condições socioeconômicas. Essa análise releva para compreendermos, uma vez mais, o caráter heterogêneo da classe trabalhadora e a desigualdade com que a crise social atinge a população.

A respeito dos entregadores por meio de bicicleta, dados de 2019 apontam que 71% desses trabalhadores se declaram pardos ou negros, que são fundamentalmente jovens e que exercem jornadas de nove a dez horas diárias todo dia da semana, recebendo em torno de R\$992,00 por mês⁴. A seu turno, pesquisas realizadas durante a pandemia dão conta de um cenário social ainda mais grave, caracterizado pelo aumento da jornada e pelo rebaixamento da remuneração da maioria dos trabalhadores nesse período⁵.

3 Para mais detalhes sobre as condições de trabalho dos entregadores na pandemia, recomenda-se a entrevista: DO TRABALHADOR. *Entregadores e condições de trabalho na pandemia*. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Ijt439vuy5o>. Acesso em: 7 jul. 2020.

4 ALIANÇA BIKE. *Pesquisa de perfil dos entregadores ciclistas de aplicativo*. 2019, p. 6. Disponível em: http://aliancabike.org.br/wp-content/uploads/2020/04/relatorio_s2.pdf. Acesso em: 11 jul. 2020.

5 Cf., dentre outros, ABÍLIO *et al.* Condições de trabalho de entregadores via plataforma digital durante a Covid-19. *Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região*, v. 3, 2020. Disponível em: <http://www.cesit.net.br/wp-content/uploads/2020/06/74-Texto-do-artigo-568-2-10-20200608.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2020.

Não se trata de uma opção, mas da necessidade de vender sua força de trabalho em troca de uma tentativa de subsistência. Essa necessidade se intensifica sobremaneira em um cenário de agravamento das disparidades do conflito capital-trabalho e de retração nas possibilidades de inserção no mercado de trabalho. Para se ter uma ideia dos primeiros possíveis impactos da pandemia na classe trabalhadora, observa-se que, com relação ao trimestre terminado em abril de 2020, dados do IBGE demonstraram uma taxa de desocupação de 12,8 milhões, com a perda de 4,9 milhões de postos de trabalho (com relação ao trimestre anterior)⁶. Ainda segundo o IBGE, “a taxa de desocupação do país no 2º trimestre de 2020 foi de 13,3%, aumento de 1,1 ponto percentual em relação ao 1º trimestre de 2020 (12,2%)”⁷.

Note-se também que a população não branca é a mais atingida pelo desemprego, fator que contribui para que componha a maior parcela dos trabalhadores em relações de trabalho informais e precárias (como evidencia o perfil social dos trabalhadores de entrega). Segundo o informativo *Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil*⁸, que resgata dados da PNAD 2018, os trabalhadores não brancos correspondiam a 66,1% da força de trabalho subutilizada e 64,2% da desocupada. Essas desigualdades prementes, que se refletem diretamente na condição social dos entregadores, explicitam as imbricações estruturais entre uberização, precarização das relações de trabalho e divisão racial do trabalho no capitalismo brasileiro.

2.2 – Aprofundamento da precarização, sofrimento dos trabalhadores em plataformas digitais de entrega e os movimentos sociais durante a pandemia

Em que pese o ineditismo do colapso sanitário durante a pandemia da Covid-19, outras crises preexistentes ampliaram e aprofundaram seus efeitos sobre a sociedade e os diversos atores sociais no Brasil. Nesse sentido, a crise político-econômica – que já estava em curso – e as relações de trabalho, juntas,

6 IBGE. *Desemprego atinge 12,6% no trimestre até abril com queda recorde na ocupação*. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/27821-desemprego-atinge-12-6-no-trimestre-ate-abril-com-queda-recorde-na-ocupacao>. Acesso em: 6 jul. 2020.

7 IBGE. *PNAD Continua trimestral: desocupação cresce em 11 UFs no 2º trimestre de 2020, com quedas no Pará e Amapá*. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/28699-pnad-continua-trimestral-desocupacao-cresce-em-11-ufs-no-2-trimestre-de-2020-com-quebras-no-para-e-amapa>. Acesso em: 18 set. 2020.

8 IBGE. *Desigualdades sociais por cor ou raça no Brasil. Estudos e Pesquisas, Informação Demográfica e Socioeconômica*, n. 41, 2019. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/25844-desigualdades-sociais-por-cor-ou-raca.html>. Acesso em: 6 jul. 2020.

prejudicaram os efeitos do isolamento, da quarentena e da suspensão de certas atividades empresariais. Tais resultados são vivenciados de forma desigual entre as diferentes camadas sociais, entre os diferentes gêneros e raças e mesmo entre os diversos membros da própria classe trabalhadora.

Sobre as relações de trabalho durante a crise, ou melhor, sobre a crise das relações de trabalho, constata-se que a uberização potencializa e retroalimenta o baixo rendimento econômico, se consolidando como forma de organização do trabalho e meio de sobrevivência pelo exército de desempregados. Assim, conforme os efeitos da pandemia do Sars-CoV-2 se alastravam pelo país, cresciam exponencialmente as demandas por serviços de entrega de alimentos e de medicamentos. Por outro lado, proporcional ao aumento do trabalho uberizado, ampliaram-se a exposição e o risco de contaminação desses trabalhadores. Os valores pagos pelas plataformas digitais, no entanto, sofreram reajustes para diminuir os ganhos mensais desses entregadores precarizados.

No que diz respeito à demanda por entregas, estudo realizado em abril de 2020 (publicado em junho) comprova que houve maior incidência de *download* de aplicativos que fornecem esse serviço, tendo a empresa *Rappi* declarado implemento de 30% nos pedidos no período na América Latina⁹. O registro de popularização dos aplicativos de entrega no Brasil no período de 20 de fevereiro a 16 de março de 2020 foi de 24%¹⁰.

Compatível com o aumento de pedidos de entrega, a jornada dos trabalhadores se ampliou de forma considerável, conforme pesquisa publicada em junho de 2020¹¹, que indica, em sua amostragem, aumento de 5,2% entre entregadores que laboravam até oito horas por dia, comparando com o período anterior à pandemia. Nesse aspecto, de acordo com as entrevistas¹², “durante a pandemia, 43,3% relataram trabalhar até oito horas por dia; e 56,7% apontaram trabalhar mais de nove horas diárias”.

Os ganhos dos trabalhadores, por outro lado, não acompanharam o aumento de horas trabalhadas. Pelos dados levantados na entrevista realizada no mesmo estudo, verificou-se que antes da pandemia 60% dos trabalhadores de plataformas digitais tinham ganhos entre R\$ 261,00 e R\$ 1.041,00 (mil e quarenta e um reais). Por outro lado, depois da pandemia, apenas um terço dos trabalhadores de aplicativos de entrega conseguiu chegar a esse patamar

9 ABÍLIO *et al.*, *op. cit.*, p. 4.

10 *Ibidem*.

11 *Ibidem*.

12 *Idem*, p. 7.

de rendimentos mensais¹³. Nas conclusões sobre os dados colhidos¹⁴, Abílio *et al.* indicam que:

“A expressiva queda na remuneração apontada pelos respondentes leva às seguintes conclusões: (i) como alegado pelas próprias empresas, houve aumento significativo do número de pedidos de cadastros de trabalhadores nos últimos meses e, dos respondentes, 9,4% tornaram-se entregadores durante a pandemia; (ii) o valor da hora de trabalho e/ou a bonificação foram diminuídas durante a pandemia, a despeito do crescimento significativo do número de entregas. É possível, então, aventar a possibilidade de que as empresas estejam promovendo o rebaixamento do valor da força de trabalho daqueles que já se encontravam nesta atividade antes da pandemia, prática que seria amparada pelo aumento do contingente de trabalhadores de reserva e adoção de forma nociva de uma política de aumento do número de entregadores.”

Tais fatores apenas reforçam a vulnerabilidade desses trabalhadores, uma vez que a inexistência de regulamentação, de direitos e de uma rede de proteção social são premissas existentes mesmo antes da pandemia e do isolamento social. Ocorre que, ao mesmo tempo em que os trabalhadores que prestam serviços em benefício de plataformas digitais assumem certo protagonismo no período de isolamento social, inclusive recebendo *status* legal de “atividades essenciais”¹⁵, há precarização da mão de obra, aumento de jornadas, adoecimento e morte.

O risco do trabalho durante a pandemia acaba por tocar em aspectos coletivos e do inconsciente coletivo, sobre trabalho, doença, sobrevivência e sobre o sofrimento quando coletivamente compartilhado. A ativação solitária desses trabalhadores não poderia ficar invisível por tanto tempo. E o sofrimento de muitos, quando compartilhado, os une sob o viés da força e do amparo coletivo. Por isso, a precarização extrema não poderia resultar em reações coletivas diferentes das que despontaram nos últimos meses, com destaque para a paralisação geral no dia 1º de julho de 2020.

Os movimentos sociais que tomaram as ruas no bojo desses processos de resistência acabam com o mito e o fetiche do trabalhador de aplicativo como um “homem empreendedor e livre para fazer suas escolhas”. Não há liberdade quando o trabalho é progressivamente desvalorizado em uma equação cuja

13 *Ibidem.*

14 *Idem*, p. 11.

15 BRASIL. Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020. *Diário Oficial da União*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm. Acesso em: 7 jul. 2020.

troca é cruel e impõe à pessoa-que-trabalha – e tão somente a ela – os riscos e precarização pela sua ativação.

Assim, não tendo esses trabalhadores uma rede pública de proteção contra doença, a suspeita da contaminação pelo vírus Sars-CoV-2 é suficiente para causar neles um sentimento de vergonha, de julgamento, como se um possível afastamento fosse sinal de preguiça ou vagabundagem¹⁶. Nesse contexto de dependência da ativação para sobrevivência de si e sua família, Dejours¹⁷ narra que, para os trabalhadores, “a doença equivale à paralisação do trabalho, isto é, à vagabundagem”.

Assim como o trabalho taylorizado¹⁸, a uberização dos trabalhadores de entrega por bicicleta tem como característica a repetição de movimentos por longas horas, a busca por rapidez no serviço. Esses elementos descaracterizam a personalidade humana; a transformam apenas em engrenagem de um sistema mais amplo que, apesar de tudo, insiste em indicá-la como livre e autônoma, independente de toda a teia composta pela empresa digital, consumidores, restaurantes e comércio que sobre eles impõem regras e condições de trabalho. E tais elementos são estimuladores do adoecimento mental, ainda mais em contexto de redução de ganhos e aumento de tempo trabalhado.

Em que pese o caráter coletivo da ideologia da vergonha, pela incapacidade de trabalho e doença¹⁹, quando o sofrimento pela precarização é uniforme por toda uma categoria, como a dos trabalhadores, a reunião para deflagrar tais abusos e sofrimento é um dos caminhos ou estratégias para lidar com tal situação. Assim, desvirtuada a lógica capitalista e individualista que promove e estimula a competição, os movimentos sociais dos trabalhadores de plataformas digitais de entrega superam a lógica do “homem-empresendedor”, dono de si, e faz com que o compartilhamento do sofrimento e a reivindicação de melhorias de condições de trabalho e de vida questionem a forma pela qual o modo de produção os reprime, condiciona seus corpos e retira sua identidade coletiva.

3 – As Ações Civas Públicas do MPT e algumas conquistas dos entregadores de plataformas digitais durante a pandemia de Covid-19

A falta de regulamentação e de reconhecimento de vínculo de emprego, como já exposto, tende a agravar a precarização das condições de trabalho

16 DEJOURS, Christophe. *A loucura do trabalho: estudos de psicopatologia do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2015. p. 36.

17 *Idem*, p. 39.

18 *Idem*, p. 55.

19 *Idem*, p. 43.

dos trabalhadores de plataformas digitais de entrega no contexto da pandemia mundial de Covid-19, declarada pela Organização Mundial da Saúde em 11 de março de 2020²⁰, na medida em que os riscos da atividade laborativa correm por esses supostos “empreendedores”.

O risco de contágio pode ser evitado com medidas voltadas para a higienização das mãos e o uso de máscaras²¹. A OMS expediu, dentre outras, as seguintes recomendações: “Lave as mãos com água e sabão ou higienizador à base de álcool para matar vírus que podem estar nas suas mãos. Mantenha pelo menos 1 metro de distância entre você e qualquer pessoa que esteja tossindo ou espirrando. (...)”²².

Os trabalhadores de plataformas digitais de entrega, como *Rappi*, *Uber Eats* e *iFood*, por ficarem com os riscos do negócio, não tiveram entregas de EPIs (equipamentos de proteção individual) pelas respectivas plataformas²³, prejudicando, principalmente, o direito fundamental à saúde, previsto no art. 6º, *caput*, da CRFB/88, o que é destacado pelo entregador Matheus Souza do Distrito Federal:

“A única medida que o aplicativo toma é mandar mensagem no nosso ‘zap’ pra gente tomar cuidado e respeitar se o cliente vai querer fazer uma entrega sem contato físico, porque quem (pelo menos, nos locais que trabalho e os entregadores que tenho contato) tá tendo que arranjar álcool em gel é a gente. Quem tá tendo que arranjar máscara é a gente. Fazem uma mídia, um *marketing* de que estão distribuindo

20 G1. *OMS declara pandemia de coronavírus*. 11 mar. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/03/11/oms-declara-pandemia-de-coronavirus.ghtml>. Acesso em: 7 jul. 2020.

21 Os Decretos ns. 47.025, de 7 de abril de 2020, no Rio de Janeiro, e 64.959, de 4 de maio de 2020, em São Paulo, tornaram obrigatório o uso de máscaras durante a circulação nas ruas.

22 SBPT (Sociedade Brasileira de Pneumologia e Tisiologia). *Orientações da OMS para a prevenção da Covid-19*. Disponível em: <https://sbpt.org.br/portal/covid-19-oms/>. Acesso em: 7 jul. 2020.

23 Como ressaltado nas petições iniciais das Ações Cíveis Públicas do MPT contra o *iFood*, o *Rappi* e o *Uber Eats*: “O vírus, como é notório e informado amplamente pelo Ministério da Saúde, é transmissível não somente em gotículas no ar, mas também em contato com superfícies, como as sacolas de alimentos e pacotes de mercadorias, dinheiro, celulares, máquinas de pagamento de cartões, botões de elevadores, maçanetas de portas, guidões de bicicletas e motocicletas, campainhas e porteiros eletrônicos” (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. *Processo 1000396-28.2020.5.02.0082*. Disponível em: <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/10003962820205020082>. Acesso em: 18 set. 2020; BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. *Processo 1000436-37.2020.5.02.0073*. Disponível em: <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/10004363720205020073>. Acesso em: 18 set. 2020; BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. *Processo 1000405-68.2020.5.02.0056*. Disponível em: <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/10004056820205020056>. Acesso em: 18 set. 2020.

máscara e não sei o que, mas não estou vendo ninguém ser chamado para uma corrida dessa de pegar máscara.”²⁴

O relatório técnico de pesquisa intitulado “Condições de Trabalho em Empresas de Plataforma Digital: os entregadores por aplicativo durante a Covid-19” também aponta que esses cuidados ficaram para os trabalhadores ao evidenciar que eles “vêm tomando, por conta própria, uma série de medidas que envolve também custos adicionais ao seu trabalho”²⁵.

Foi justamente com essa preocupação que o Ministério Público do Trabalho expediu recomendações para o *iFood*, o *Rappi* e o *Uber Eats* com os seguintes números, respectivamente: 1) Recomendação nº 92.113, de 23 de março de 2020; 2) Recomendação nº 90.475, de 20 de março de 2020; e 3) Recomendação nº 91.625, de 23 de março de 2020.

Essas recomendações solicitam, dentre outras condutas, a) “a distribuição de produtos e equipamentos necessários à proteção e desinfecção, conforme orientação técnica dos órgãos competentes”; b) o fornecimento gratuito de álcool-gel 70% ou mais; a disponibilização de “espaços para a higienização de veículos”, bem como o credenciamento de serviços de higienização; c) a expedição para os “estabelecimentos cadastrados na plataforma digital como tomadores dos serviços de entrega” de orientações que contenham medidas compulsórias de proteção aos entregadores quando realizarem a retirada de mercadorias em suas dependências; d) assistência financeira para os trabalhadores que integrem grupo de alto risco – como maiores de 60 anos, portadores de doenças crônicas, imunocomprometidos e gestantes e para os “trabalhadores no transporte de passageiros e no transporte de mercadorias, por plataformas digitais, que necessitem interromper o trabalho, na hipótese de determinação oficial, por parte dos órgãos públicos competentes, de restrição de circulação pública de pessoas”²⁶.

Tendo em vista as providências superficiais adotadas pelas referidas plataformas e sua competência preceituada nos arts. 127 e 129, III, da CFRB/88 c/c o art. 83, I e III, da LC nº 75/93, o Ministério Público do Tra-

24 DO.TRABALHADOR, *op. cit.*

25 REMIR Trabalho. Rede de estudos e monitoramento interdisciplinar da reforma trabalhista. *Relatório técnico condições de trabalho em empresas de plataforma digital: os entregadores por aplicativo durante a Covid-19*. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1KCFsMU7Z7_sfB3w_5sJSWIG2aztj17J8/view. Acesso em: 7 jul. 2020.

26 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Processo 1000396-28.2020.5.02.0082; Processo 1000436-37.2020.5.02.0073; e Processo 1000405-68.2020.5.02.0056. *Op. cit.*

balho ingressou com três diferentes Ações Cíveis Públicas²⁷⁻²⁸, no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (jurisdição da capital São Paulo): 1) Ação Civil Pública 1000396-28.2020.5.02.0082, em face do *iFood*; 2) Ação Civil Pública 1000405-68.2020.5.02.0056 em face do *Rappi*; 3) Ação Civil Pública 1000436-37.2020.5.02.0073 em face do *Uber Eats*. Todas com pedido de tutela de urgência antecipada, com os mesmos requerimentos das recomendações.

A liminar foi parcialmente deferida, no caso das Ações Cíveis Públicas em face do *iFood* e do *Rappi*, no dia 5 de abril de 2020, tendo em vista, sobretudo, que os trabalhadores possuem o direito à “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (CF, art. 7º, XXII) e o direito à saúde como fundamental, determinando, dentre outras medidas, a divulgação de informações e orientações para o controle do coronavírus pela plataforma; o fornecimento de insumos e a assistência financeira ao grupo de alto risco, bem como aos que tiverem que ser afastados por “suspeita ou efetiva contaminação pelo novo coronavírus”, de acordo com os valores diários pagos nos quinze dias anteriores à publicação da decisão, devendo ser de, no mínimo, o valor do salário mínimo. Na decisão, foi dado um prazo de 48 horas para o *iFood* adotar as medidas, “sob pena de multa diária de 50 mil reais”²⁹.

Após essas decisões, o *iFood* e o *Rappi* impetraram mandados de segurança e conseguiram derrubar a liminar em 7 de abril de 2020. No primeiro caso, a desembargadora entendeu não haver vínculo de emprego entre o trabalhador e a plataforma. Para ela, em tese, não se está diante do empregador definido pelo art. 2º da CLT. Nesse sentido, pontuou que “o *iFood* coloca ferramenta à disposição de seus colaboradores, que podem ou não fazer uso do referido instrumento, de acordo com seus interesses. Os entregadores, na verdade, são usuários da plataforma digital, nela se inscrevendo livremente”³⁰.

A desembargadora, ainda, afirmou que se trata de um caso fortuito ou força maior, previsto no art. 319 do Código Civil, alegando que o *iFood*

27 A ação civil pública pode ser definida como o meio constitucionalmente assegurado ao Ministério Público, ao Estado ou a outros entes coletivos autorizados por lei, para promover a defesa judicial dos interesses ou direitos metaindividuais (LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 1.241).

28 “A ação civil pública tem como finalidade impor o cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer ou ainda a condenação do infrator em pecúnia, conforme dispõe o art. 3º da Lei nº 7.347/85.” Cf. ALVIM (2005, p. 73-75) *apud* SANTOS Jr., Rubens Fernando Clamer dos. A ação civil pública na justiça do trabalho. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 98-118, out. 2011. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/97906>. Acesso em: 10 jul. 2020.

29 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Processo 1000396-28.2020.5.02.0082 e Processo 1000405-68.2020.5.02.0056. *Op. cit.*

30 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Processo 1000396-28.2020.5.02.0082. *Op. cit.*

não causou e nem exerce qualquer atividade que se ligue ao fato gerador da pandemia, “mostrando-se inadequado impor-lhe a realização de medidas de extrema complexidade, em prazo tão exíguo e sem lhe conferir o direito ao contraditório”³¹. No processo principal, foi realizada audiência no dia 25 de agosto de 2020, sem conciliação das partes e agendada audiência de instrução para o dia 23 de outubro de 2020³².

No caso do *Rappi*, a medida liminar foi cassada sob o principal argumento de que a plataforma demonstra que “está envolvida com os cuidados e procedimentos que se mostram necessários na prevenção da pandemia”, o que mostra, segundo o desembargador, uma superficialidade da reclamação do MPT³³. Posteriormente, foi realizada conciliação parcial no dia 13 de agosto e nova audiência marcada para o dia 2 de outubro de 2020. Na conciliação parcial, a empresa *Rappi Brasil Intermediação de Negócios Ltda.* responsabilizou-se pela comprovação de plano de contingência com aval e assinado por profissional habilitado, com os aspectos incluídos pelo Ministério Público do Trabalho, até o dia 23 de setembro de 2020, “sob pena de multa no valor de R\$ 12.000,00, acrescida de R\$ 3.000,00 por dia de atraso”³⁴. O Ministério Público do Trabalho, por sua vez, ficou encarregado das considerações técnicas no que diz respeito aos pontos do plano de contingência indicado pela *Rappi*.

Já a Ação Civil Pública contra o *Uber Eats* teve seu pedido liminar parcialmente deferido em 14 de abril de 2020, para que a plataforma tomasse, dentre outras, as seguintes medidas: em 48 horas fornecesse “aos entregadores informações e orientações claras a respeito das medidas de controle, bem como condições sanitárias, protetivas, sociais e trabalhistas”, para reduzir a contaminação do vírus; em três dias corridos realizasse a “distribuição de produtos e equipamentos necessários à proteção e desinfecção”, bem como de álcool em gel 70%; assistência financeira aos grupos de alto risco e para os “que possuam encargos familiares que demandem o distanciamento social em razão da pandemia do coronavírus” em cinco dias corridos, “sob pena de multa diária de mil reais”³⁵.

O *Uber Eats* impetrou mandado de segurança, conseguindo que a liminar fosse derrubada em 17 de abril de 2020. O desembargador fundamentou a sua decisão, sobretudo, na possibilidade de “irreversibilidade do provimento

31 *Ibidem.*

32 *Ibidem.*

33 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Processo 1000405-68.2020.5.02.0056. *Op. cit.*

34 *Ibidem.*

35 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Processo 1000436-37.2020.5.02.0073. *Op. cit.*

antecipado (CPC, art. 300, § 3º)³⁶. Na ação principal, foi proferida sentença em 19 de agosto de 2020, com a rejeição das preliminares apresentadas pela parte ré, também afastada a alegação de prejudicialidade da decisão proferida no Mandado de Segurança e a Tutela Provisória concedida em 1º grau³⁷. No mérito, os pedidos foram julgados parcialmente procedentes, reconhecendo que algumas providências requeridas pela parte autora já estavam sendo implementadas pelo *Uber Eats*, como o estímulo ao não contato físico dos entregadores com os consumidores. Outras providências de urgência anteriormente concedidas foram revistas em tutela definitiva, como a comunicação ao MPT dos trabalhadores infectados, por respeito ao direito à intimidades dos entregadores. Ficou mantida também em sede de cognição exauriente o comando para que a parte ré³⁸

“mantenha a comunicação/divulgação de informações e orientações aos entregadores, bem como mantenha as orientações sobre uso, higienização, descarte e substituição de materiais de proteção e desinfecção, ambos nos moldes já realizados (no seu aplicativo e sítio eletrônico, e nas redes sociais), e mantenha os espaços para a higienização de veículos e *bags* dos entregadores, ou forneça os serviços de higienização credenciados, ou através da política de reembolso de tais gastos dos trabalhadores.”

Como já exposto no presente artigo, ao contrário do noticiado pelas plataformas digitais, durante o período de pandemia foi observada, dentre outros fatores, a falta de fornecimento de equipamentos de proteção. Percebe-se que esses trabalhadores têm tido sua dignidade (art. 1º, IV, da CRFB/88), o direito à saúde (art. 6º, *caput*, da CRFB/88), o direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho (art. 7º, XXII, da CRFB/88) e a um meio ambiente equilibrado (art. 225 da CRFB/88) constantemente violados.

É possível, contudo, destacar algumas conquistas dos entregadores na busca por proteção durante a pandemia. O governo do Estado de São Paulo publicou, em seu Diário Oficial, a Portaria nº 13 do Centro de Vigilância Sanitária determinando medidas de proteção aos entregadores, estabelecendo, dentre outras condutas, o fornecimento gratuito pelas empresas, nos parágrafos de seu art. 3º, de equipamentos de proteção³⁹. Destacamos ainda a distribuição

36 *Ibidem*.

37 *Ibidem*.

38 *Ibidem*.

39 BRASIL. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*. Portaria CVS nº 13, de 10.06.2020. Disponível em: http://www.cvs.saude.sp.gov.br/zip/E_PT-CVS-13%20-%20100620.pdf. Acesso em: 7 jul. 2020.

de 100 mil vacinas da gripe⁴⁰ (aos *motoboys* do Estado de São Paulo, por meio da reivindicação do SindimotoSP). É válido ressaltar que o SindimotoSP é um sindicato dos Motociclistas, Ciclistas e Mototaxistas Intermunicipais do Estado de São Paulo, fundado em 1991⁴¹, que aderiu às reivindicações dos trabalhadores de plataformas digitais⁴².

4 – Conclusão

A crise sanitária, econômica, social e política que assola o país em 2020 não pretende ser democrática e tampouco repartir seus efeitos nocivos sobre todos os atores sociais. Enquanto questionadas as relações de emprego formais e ampliadas as filas de desempregados à espera do seguro-desemprego, crescem os trabalhadores que se dispõem a trabalhar em longas jornadas, pedalando para fazer entregas – sob os comandos das plataformas digitais e suas sistemáticas de punição e agrado (*carrots and sticks*).

Dessarte, a ampliação pela demanda dos serviços de entregas e dos trabalhadores disponíveis para realizar essas tarefas teve como resultado a diminuição dos ganhos dos entregadores, a ampliação das jornadas de trabalho e dos quilômetros pedalados por dia. Enquanto essas empresas auferem o lucro em meio à crise, essa parte da população amarga com a meta diária mínima de ganhos de R\$ 50,00 (cinquenta reais)⁴³. O sofrimento não apenas é individual, pelo medo do adoecimento, pelo aumento do trabalho e redução de ganhos. O sofrimento ganha contornos coletivos e se expressa em diversas manifestações e em paralisação geral (como a realizada no dia 1º de julho de 2020, de amplitude nacional e internacional).

O Ministério Público do Trabalho, ao observar a situação precária dos trabalhadores de plataformas de entrega, expediu recomendações para as plataformas *iFood*, *Rappi* e *Uber Eats*, que não foram atendidas, culminando em três diferentes Ações Cíveis Públicas que, até o momento (18 de setembro de 2020), não lograram êxito. No entanto, algumas pequenas conquistas foram

40 JORNAL A VOZ DO MOTOBOY (ano XII, edição 110, abril de 2020). Disponível em: <http://www.sindimotosp.com.br/informativos/Jornal/Jornal%20110.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2020.

41 Informação retirada do seguinte sítio virtual: SINDIMOTOSP. *Quem Somos*. Disponível em: <http://www.sindimotosp.com.br/menu/quemsomos.html>. Acesso em: 7 jul. 2020.

42 O SindimotoSP, inclusive, organizou uma manifestação em 20 de abril de 2020, devido, sobretudo, as péssimas condições de trabalho durante a pandemia, tendo como uma de suas reivindicações o fornecimento de EPIs de higiene e segurança (SINDICATO DOS MOTOBOYS. 19 abr. 2020. Facebook: @SindimotoSP. Disponível em: <https://www.facebook.com/SindimotoSP/photos/a.1388604301166940/3396364773724206/>. Acesso em: 7 jul. 2020).

43 ABÍLIO *et al.*, *op. cit.*, p. 4.

observadas, como a Portaria expedida pelo governo de São Paulo, determinando medidas de proteção para os entregadores, bem como a distribuição de 100 mil vacinas da gripe para os motoboys desse Estado.

O que se vê, portanto, é uma tentativa constante de desregulamentação e precarização das relações de trabalho por plataformas digitais em conjunto com o adoecimento desses trabalhadores, ao mesmo tempo em que cresce uma luta e solidariedade coletiva. Os trabalhadores oprimidos e precarizados encontraram, na organização coletiva e no movimento social, uma forma de escapar do enfrentamento solitário dos medos e angústias individuais, bem como de questionar as contradições estruturais e profundas do conflito capital-trabalho.

5 – Referências bibliográficas

ABÍLIO *et al.* Condições de trabalho de entregadores via plataforma digital durante a Covid-19. *Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região*, v. 3, 2020. Disponível em: <http://www.cesit.net.br/wp-content/uploads/2020/06/74-Texto-do-artigo-568-2-10-20200608.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2020.

ALIANÇA BIKE. *Pesquisa de perfil dos entregadores ciclistas de aplicativo*. 2019. Disponível em: http://aliancabike.org.br/wp-content/uploads/2020/04/relatorio_s2.pdf. Acesso em: 11 jul. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 mar. 2020.

BRASIL. Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020. *Diário Oficial da União*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm. Acesso em: 7 jul. 2020.

BRASIL. Portaria CVS nº 13, de 10 de junho de 2020. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*. Disponível em: http://www.cvs.saude.sp.gov.br/zip/E_PT-CVS-13%20-%20100620.pdf. Acesso em: 7 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. *Processo 1000396-28.2020.5.02.0082*. Disponível em: <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/10003962820205020082>. Acesso em: 18 set. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. *Processo 1000436-37.2020.5.02.0073*. Disponível em: <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/10004363720205020073>. Acesso em: 18 set. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. *Processo 1000405-68.2020.5.02.0056*. Disponível em: <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/10004056820205020056>. Acesso em: 18 set. 2020.

DEJOURS, Christophe. *A loucura do trabalho: estudos de psicopatologia do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2015.

DOCTRINA

DO. TRABALHADOR. *Entregadores e condições de trabalho na pandemia*. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Ijt439vuy5o>. Acesso em: 7 jul. 2020.

G1. *OMS declara pandemia de coronavírus*. 11 mar. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/03/11/oms-declara-pandemia-de-coronavirus.ghtml>. Acesso em: 7 jul. 2020.

IBGE. *Desemprego atinge 12,6% no trimestre até abril com queda recorde na ocupação*. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/27821-desemprego-atinge-12-6-no-trimestre-ate-abril-com-queda-recorde-na-ocupacao>. Acesso em: 6 jul. 2020.

IBGE. *Desigualdades sociais por cor ou raça no Brasil. Estudos e Pesquisas, Informação Demográfica e Socioeconômica*, n. 41, 2019. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/25844-desigualdades-sociais-por-cor-ou-raca.html>. Acesso em: 6 jul. 2020.

IBGE. *PNAD Contínua trimestral: desocupação cresce em 11 UFs no 2º trimestre de 2020, com quedas no Pará e Amapá*. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/28699-pnad-continua-trimestral-desocupacao-cresce-em-11-ufs-no-2-trimestre-de-2020-com-quedas-no-para-e-amapa>. Acesso em: 18 set. 2020.

JORNAL A VOZ DO MOTOBOY (ano XII, edição 110, abril de 2020). Disponível em: <http://www.sindimotosp.com.br/informativos/Jornal/Jornal%20110.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2020.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2010.

MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Livro I: O processo de produção do capital. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

REMIR Trabalho. Rede de estudos e monitoramento interdisciplinar da reforma trabalhista. *Relatório técnico condições de trabalho em empresas de plataforma digital: os entregadores por aplicativo durante a Covid-19*. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1KCFsMU7Z7_sfB3w_5sJSWIG2aztj17J8/view. Acesso em: 7 jul. 2020.

SANTOS Jr., Rubens Fernando Clamer dos. A ação civil pública na justiça do trabalho. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 98-118, out. 2011. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/97906>. Acesso em: 10 jul. 2020.

SBPT (Sociedade Brasileira de Pneumologia e Tisiologia). *Orientações da OMS para a prevenção da Covid-19*. Disponível em: <https://sbpt.org.br/portal/covid-19-oms/>. Acesso em: 7 jul. 2020.

SINDIMOTOSP. 19 abr. 2020. Facebook: @SindimotoSP. Disponível em: <https://www.facebook.com/SindimotoSP/photos/a.1388604301166940/3396364773724206/>. Site: <http://www.sindimotosp.com.br/menu/quemsomos.htm>. Acesso em: 7 jul. 2020.

Recebido em: 18/09/2020

Aprovado em: 03/11/2020

LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS APLICADA PELOS TRIBUNAIS TRABALHISTAS: A COLETA DE DADOS PELO PODER JUDICIÁRIO E A COLISÃO DE PRINCÍPIOS

GENERAL DATA PROTECTION LAW APPLIED BY LABOR COURTS: THE COLLECTION OF DATA BY THE JUDICIARY AND THE COLLISION OF PRINCIPLES

Bruna de Sá Araújo*

Luciana Lara Sena Lima**

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar o impacto da Lei Geral de Proteção de Dados nos Tribunais Trabalhistas brasileiros em razão de dois motivos: a LGPD aplica-se às pessoas jurídicas de direito público e esses órgãos do Judiciário são detentores de uma imensidão de dados pessoais e sensíveis. Em plena vigência desde o dia 18 de setembro de 2020, faz-se necessário discutir e regularizar problemáticas que surgem da aplicação da LGPD pelos órgãos Judiciários e a colisão de princípios desencadeada pela norma. A partir de tais análises e adotando uma abordagem qualitativa e exploratória, conclui-se que a Lei francesa nº 2019-222 pode ser um exemplo de possível solução para a colisão entre os princípios da publicidade e da transparência e o princípio da privacidade. Por conseguinte, a retirada dos nomes e sobrenomes das pessoas físicas e a omissão dos dados quando for suscetível de prejudicar a segurança ou o respeito da privacidade das partes ou sua comitiva, podem ser exemplos a serem seguidos pelo Judiciário brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: LGPD. Dados Pessoais. Dados Pessoais Sensíveis. Proteção de Dados. Princípio da Privacidade.

ABSTRACT: The purpose of this paper's to analyze the impact of the General Data Protection Law on Brazilian labor courts for two reasons: the LGPD applies to legal entities governed by public law and these bodies of the Judiciary are holders of an immensity of personal data and sensitive. In full force since September 18, 2020, it is necessary to discuss and regularize issues that arise from the application of LGPD by Organs Judiciary bodies and the collision of principles triggered by the rule. From such analyzes and adopting a qualitative and exploratory approach, it is concluded that French Law no. 2019-222 can be an example of a possible solution to the collision

* *MBA em Ciências e Legislação do Trabalho pelo IPOG; especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Federal de Goiás (UFG); pós-graduanda em Direito Previdenciário pela Faculdade Sul Americana (FASAM); coordenadora do Núcleo de Direito do Trabalho do Instituto de Estudos Avançados em Direito (IEAD).*

** *Mestra em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (2015); doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa (UAL); conselheira seccional da OAB Goiás (2019/2021); diretora adjunta na ESA Goiás (2019/2021).*

between the principles of advertising and transparency and the principle of privacy. Consequently, the removal of the names and surnames of individuals and the omission of data when it is likely to jeopardize the security or respect of the privacy of the parties or their entourage, can be examples to be followed by the Brazilian Judiciary.

KEYWORDS: LGPD. Personal Data. Sensitive Personal Data. Data Protection. Principle of Privacy.

1 – Introdução

Há tempos a proteção de dados já era discutida e regulamentada em outros países, a Declaração da ONU dos Direitos Humanos (1948) e a Declaração Europeia dos Direitos do Homem (1950) são consideradas as primeiras declarações internacionais subscritas por países europeus que mencionam a privacidade e o direito à sua proteção.

No Brasil, a Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) é considerada a primeira legislação a dispor expressamente sobre a questão dos dados pessoais, ao tratar temas como neutralidade da rede, retenção de dados e funções sociais da internet, como liberdade de expressão, transmissão de conhecimento e responsabilidade civil.

Contudo, recentemente passou a vigor no país lei mais específica e aprofundada sobre o tema da proteção de dados; trata-se da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei nº 13.709/2018¹, com as alterações promovidas pela Lei nº 13.853/2019, que dispõe sobre a proteção de dados pessoais.

A LGPD pretende preservar o direito constitucional à liberdade e à privacidade que todos os cidadãos brasileiros têm, assim como protegê-los de danos causados por rupturas desses direitos. O art. 1º prevê que a sua aplicação também abarca as “pessoas jurídicas de direito público”. Dessa forma, urge discutir e regulamentar o alcance dessa diretriz às publicações de dados realizadas pelos Tribunais Trabalhistas, órgãos que detêm uma enorme quantidade de dados de pessoas físicas e jurídicas.

Com a implantação e expansão do Processo Judicial Eletrônico (PJe) em meados de 2010, o Judiciário passou a gerir uma quantidade colossal de dados pessoais e sensíveis de diversos cidadãos jurisdicionados. Assim, considerando que o Poder Judiciário, como parte do Estado, é guardião de dados, discute-se no presente artigo se essa publicidade e transparência não colidiriam com as diretrizes da LGPD e com o princípio da privacidade.

1 BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

A título exemplificativo, basta considerar que os dados de diversos reclamantes que obtêm êxito na Justiça do Trabalho são divulgados em bancos públicos de jurisprudência, *sites* de notícias jurídicas e, às vezes, no próprio tribunal em que sua ação foi ajuizada, acarretando uma exposição e risco à segurança do autor.

Uma solução para a colisão entre os princípios da publicidade e da transparência e o princípio da privacidade seria o exemplo visualizado na Lei francesa nº 2019-222. A retirada dos nomes e sobrenomes das pessoas físicas e a omissão dos dados quando for suscetível de prejudicar a segurança ou o respeito da privacidade das partes ou sua comitiva podem ser exemplos a serem seguidos pelo Judiciário brasileiro.

Com a LGPD em plena vigência no Brasil desde 18 de setembro de 2020, é salutar discutir e regularizar pontas soltas deixadas pela legislação específica. Tendo em vista o armazenamento de milhares de dados nos *sites* dos Tribunais no Brasil, muitas vezes replicados em bancos públicos de jurisprudência e *sites* de notícias jurídicas, urge definir a responsabilidade dos Tribunais, em especial os Regionais e Tribunal Superior do Trabalho, no tocante à proteção de dados.

Dessa maneira, o presente artigo buscou analisar as primeiras regulamentações sobre a proteção de dados no Brasil e no mundo, demonstrar como a divulgação de dados pelos Tribunais brasileiros enseja uma verdadeira colisão de princípios – princípio da publicidade e da transparência x princípio da proteção e da privacidade, por fim, indica a Lei francesa nº 2019-222 como possível solução para esse impasse.

2 – As primeiras regulamentações sobre a proteção de dados no mundo

A Declaração da ONU dos Direitos Humanos² (1948) e a Declaração Europeia dos Direitos do Homem³ (1950) são consideradas as primeiras declarações internacionais subscritas por países europeus que mencionam a privacidade e o direito à proteção. No entanto, tratavam de maneira vaga e superficial sobre a proteção dos dados pessoais.

Por outro lado, a Convenção nº 108 do Conselho da Europa⁴ estabeleceu a proteção de indivíduos quanto ao processamento automático de tratamento de dados, objetivando instituir métodos mais criteriosos como a previsão das

2 Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 10 set. 2020.

3 Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 10 set. 2020.

4 Disponível em: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680078b37>. Acesso em: 10 set. 2020.

DOCTRINA

“garantias relativas à coleta e tratamento de dados pessoais”. Assim, a referida convenção proíbe,

“na ausência de garantias jurídicas adequadas, o tratamento de dados ‘sensíveis’, tais como dados sobre a raça, a opinião política, a saúde, as convicções religiosas, a vida sexual ou o registo criminal de uma pessoa.”

No ano de 1995, com o objetivo de aperfeiçoar e dar efetividade à Convenção nº 108, a União Europeia promulgou a Diretiva nº 95/46/CE⁵, que pretendia estabelecer, harmonizar e promover igualdade no tratamento de dados pessoais pelos Estados-Membros. Por se tratar de uma diretiva, seria necessário que cada Estado adotasse o texto comunitário em seu direito interno, o que ensejou diferentes níveis de proteção em cada um dos países europeus.

No entanto, o Regulamento (UE) nº 2.016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho⁶, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, decidiu revogar a Diretiva nº 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados).

Dois anos mais tarde, o Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) na União Europeia, com 11 capítulos e 99 artigos, entrou em vigor, atualizando, harmonizando e adaptando a antiga Diretiva Europeia de Proteção de Dados às mais novas formas de uso massivo de dados pessoais, tais como os modelos de negócio baseados em tecnologias de *big data*, inteligência artificial e aprendizado de máquina. O regulamento estabelecia as regras relativas ao tratamento, por uma pessoa, uma empresa ou uma organização, de dados pessoais relativos a pessoas.

Nos artigos 4º, itens 13, 14 e 15, e 9º, além dos Considerandos 51 a 56 do GDPR, há previsão sobre os denominados dados sensíveis, que são os dados pessoais que revelem origem racial ou étnica, opiniões políticas e convicções religiosas ou filosóficas; filiação sindical; dados genéticos, dados biométricos tratados simplesmente para identificar um ser humano; dados relacionados com a saúde; dados relativos à vida sexual ou à orientação sexual da pessoa.

Em relação ao tratamento de dados, o artigo 4º, itens 2 e 6, da GDPR inclui o recolhimento, o registro, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por

5 Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A31995L0046>. Acesso em: 10 set. 2020.

6 Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679>. Acesso em: 10 set. 2020.

DOCTRINA

transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, comparação ou interconexão, a limitação, o pagamento ou a destruição de dados pessoais. Tal previsão é aplicável ao tratamento dos dados pessoais, seja por meios total ou parcialmente automatizados, bem como ao tratamento por meios não automatizados de dados pessoais contidos em arquivos (ficheiros).

Na Alemanha, pode-se citar a Lei Federal de Proteção de Dados de 2017 (Bundesdatenschutzgesetz – BDSG)⁷, que segue os preceitos da GDPR e pretendeu substituir a lei de mesmo nome que havia sido instituída em 2001. A BDSG trata dos direitos e deveres de órgãos públicos e privados para as atividades de coleta e processamento de dados, que têm o dever de contratar um profissional responsável por privacidade de dados e de determinar regras claras para avaliações de *score* de crédito, por exemplo. Além disso, há diretrizes específicas para como as empresas devem e podem fazer tratamentos de dados de seus funcionários.

A Lei de Proteção de Dados da Argentina (Lei nº 25.326)⁸ determinou que a coleta de dados só poderá ser feita mediante o consentimento do usuário. A lei, que se aplica a qualquer pessoa ou entidade que lida com dados pessoais no país, dispõe ainda que o titular dos dados (o indivíduo a quem as informações se referem) tem o direito de acessar, corrigir, deletar e solicitar a exclusão de seus dados.

Na Austrália, as matérias relativas à segurança e proteção de dados são regidas pela Lei de Privacidade de 1988⁹, que governa tanto as instituições do setor público quanto as do setor privado. A lei foi redigida com base nos 13 Princípios Australianos de Privacidade (APPs, ou *Australian Privacy Principles*)¹⁰, que discorrem sobre temas como uso e divulgação de dados; direitos do titular dos dados; manutenção da qualidade dos dados; e transparência e anonimidade. Ademais, a lei é complementada pelas regulamentações estaduais de privacidade e pelas leis de proteção de dados, direcionadas para setores específicos, estabelecidas de acordo com o uso que cada mercado faz de dados pessoais.

O Canadá possui um total de 28 regulamentações, entre leis provinciais e federais, que tratam das questões relativas à privacidade e proteção de da-

7 Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/bdsg_2018/. Acesso em: 10 set. 2020.

8 Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/64790/norma.htm>. Acesso em: 10 set. 2020.

9 Disponível em: http://www6.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdb/au/legis/cth/consol_act/pa1988108/. Acesso em: 10 set. 2020.

10 Disponível em: <https://www.oaic.gov.au/privacy/australian-privacy-principles/australian-privacy-principles-quick-reference/>. Acesso em: 10 set. 2020.

DOCTRINA

dos. A legislação nacional referente a isso é a PIPEDA (*Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, ou “Lei de Proteção de Informações Pessoais e Documentos Eletrônicos”)¹¹. Aplicável em todas as províncias do Canadá, a PIPEDA apresenta diretrizes referentes à coleta, tratamento e divulgação de dados pessoais coletados por empresas durante o exercício de suas atividades comerciais, assim como para transferências internacionais e inter-regionais de dados pessoais.

A PIPEDA opera sobre dez princípios basilares de boas práticas a serem seguidos pelas empresas (bastante similares às bases da LGPD brasileira), são eles:

1. as empresas são responsáveis pelos dados pessoais que coletaram e que usam;

2. é preciso identificar claramente os propósitos por trás de uma coleta de dados;

3. é preciso ter o consentimento do titular para coleta, uso e compartilhamento de seus dados, salvo exceções previstas por lei;

4. podem ser coletados somente os dados necessários dentro do propósito informado;

5. os dados solicitados podem ser usados, divulgados e mantidos pela empresa apenas da maneira informada e enquanto cumprirem os propósitos;

6. as informações pessoais devem ser verídicas e mantidas atualizadas;

7. os dados devem ser protegidos sob medidas adequadas de acordo com a sensibilidade das informações;

8. a organização precisa fornecer amplamente informações claras e detalhadas sobre suas políticas e práticas de segurança e proteção de dados;

9. o titular dos dados tem o direito de receber informações sobre a existência de tratamentos de suas informações, assim como questionar se seus dados são verídicos e estão completos;

10. o titular dos dados tem o direito de questionar as organizações que tratam e coletam suas informações pessoais, dentro dos nove princípios anteriores.

Já no continente asiático, a mais recente regulamentação chinesa sobre privacidade é a Lei de Tecnologia da Informação: Especificação Sobre Segurança de Informações Pessoais (GB/T 35273-2017)¹². Denominada de “O

11 Disponível em: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/P-8.6/index.html>. Acesso em: 10 set. 2020.

12 Disponível em: <http://pip.tc260.org.cn/assets/wz/2020-03-07/ef2dab88-cd9d-4748-814a-a3eca027beba.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.

Padrão”, a regulamentação traz diretrizes sobre transparência, direitos do titular e consentimento quanto ao tratamento de dados pessoais.

Antes da entrada em vigência da Lei GB/T 35273-2017, o conjunto de regras chinesas sobre o tema era pulverizado por diferentes regulamentações, como a Lei Civil da República Popular da China (de 2017), a Lei de Cibersegurança (2017), a Lei Criminal (2015), a Decisão de Fortalecer a Proteção das Redes de Informações (2012), o Padrão Nacional de Segurança da Tecnologia da Informação (2013) e a Lei de Proteção ao Consumidor (2014).

No Japão, até 2003 a proteção de dados era regulada pela Lei de Proteção de Informações Pessoais (Lei nº 57, de 2003)¹³. Posteriormente, o Japão colocou em prática a chamada Emenda APPI de 2017¹⁴, que traz preceitos básicos para a proteção de dados pessoais. A Emenda APPI dispõe regras sobre compartilhamento de dados com terceiros, manutenção de informações em bancos de dados, anonimização de dados e vazamentos, estabelecendo diretrizes para proteger os titulares.

3 – A regulamentação da proteção de dados no Brasil

Sem especificar a questão relacionada à proteção de dados, a Constituição da República Federativa do Brasil traz no *caput* do art. 5º a proteção à segurança de brasileiros e estrangeiros residentes no país. Considerando os direitos fundamentais sob uma ótica expansionista, também poderia ser incluída nesse conceito a proteção de dados.

O inciso X do referido artigo dispõe que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (...)”. Ainda sob um viés expansionista protetivo, o direito à privacidade também se relaciona diretamente com a proteção de dados.

Outra importante legislação sobre o tema no país é o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965), sancionado em 2014¹⁵. Voltado inteiramente para o uso da internet no país, o Marco Civil traz princípios, garantias, direitos e deveres dos usuários da rede, além de diretrizes sobre como o Estado deve atuar. Ao

13 Disponível em: http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail_main?re=02&ia=03&vm=02&id=2781. Acesso em: 10 set. 2020.

14 Disponível em: https://www.ppc.go.jp/files/pdf/Act_on_the_Protection_of_Personal_Information.pdf. Acesso em: 10 set. 2020.

15 BRASIL. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. (Marco Civil da Internet). Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=12965&ano=2014&ato=93eUTRE9ENVpWTdb6>. Acesso em: 10 set. 2020.

lado da privacidade, alguns dos outros principais temas abordados pela lei são: neutralidade da rede, retenção de dados e funções sociais da internet, como liberdade de expressão, transmissão de conhecimento e responsabilidade civil.

O princípio da privacidade é conceituado como a garantia de inviolabilidade das comunicações dos usuários. Nesse contexto, a Lei do Marco Civil atribui o dever de sigilo de suas informações ao provedor do recurso de internet. A isenção de tal garantia pode acontecer somente por meio de ordem judicial, quando forem imprescindíveis para a elucidação de ações ilícitas, bem como na tentativa de identificação dos seus responsáveis.

A lei mais específica e aprofundada sobre o tema da proteção de dados é a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei nº 13.709/2018¹⁶, com as alterações promovidas pela Lei nº 13.853/2019, que dispõe sobre a proteção de dados pessoais. A LGPD entrou em vigor no dia 18 de setembro de 2020, após o presidente Jair Bolsonaro sancionar o Projeto de Lei de Conversão nº 34/2020, originado da Medida Provisória nº 959/2020.

Ao editar a MP, em abril de 2020, o governo incluiu, em seu art. 4º, um dispositivo que previa o adiamento da entrada em vigor da LGPD, para maio de 2021. Como tem força de lei, assim que foi publicada a MP, a vigência da LGPD foi adiada. Contudo, ao passar pela análise do Congresso Nacional, o dispositivo em comento não foi aprovado.

A LGPD visa preservar o direito constitucional à liberdade e à privacidade que todos os cidadãos brasileiros têm, assim como protegê-los de danos causados por rupturas desses direitos. A LGPD se aplica a qualquer tratamento de dados ocorrido (total ou parcialmente) em solo brasileiro, ou que tenha por objetivo vender produtos e serviços nacionais. Além disso, a lei é voltada para tratamentos com fins comerciais, ou seja, trocas e outros tratamentos de dados entre pessoas físicas sem objetivos de compra ou venda de produtos e serviços não se enquadram.

A lei esclarece que o direito à privacidade e à liberdade não impede a coleta, o uso e outros tratamentos de dados para fins jornalísticos, artísticos ou acadêmicos. Dessa forma, preserva-se a liberdade de imprensa, da arte e da ciência¹⁷.

16 BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

17 Disponível em: <https://guialgpd.com.br/lgpd-comentada/>. Acesso em: 10 set. 2020.

O art. 5º é considerado um dos mais importantes da lei, pois estabelece a definição de conceitos fundamentais básicos para a compreensão do texto como um todo, tais como dado pessoal, dado pessoal sensível, dado anonimizado, banco de dados, titular, controlador, operador, encarregado, agentes de tratamento, tratamento, anonimização, consentimento, bloqueio, eliminação, transferência internacional de dados, uso compartilhado de dados, relatório de impacto à proteção de dados pessoais, órgão de pesquisa e autoridade nacional.

A lei ainda traz a determinação de que o titular tem direito de solicitar informações sobre a finalidade, a duração e a forma de tratamento dos dados, assim como saber se seus dados estão sendo ou foram compartilhados com outros agentes.

4 – A aplicação da LGPD pelos tribunais trabalhistas

4.1 – A divulgação de dados pessoais pelos tribunais brasileiros e a colisão de princípios

Antes da difusão da internet, no final da década de 1980, a coleta de dados era mais trabalhosa, uma vez que o Poder Judiciário e os operadores do Direito produziam documentos físicos e inexistiam métodos acessíveis de análise, organização e classificação de dados. Atualmente, com o advento da quarta revolução industrial e a informatização de quase todo o sistema processual brasileiro, além da obrigatoriedade legal de publicidade da quase totalidade dos processos, acarretou-se uma grande quantidade de dados gerados pelo Judiciário, consolidados nas versões *online* dos diários oficiais ou nos próprios *sites* dos Tribunais.

Um *software* que funcionasse como um sistema único de tramitação eletrônica de processos judiciais já era idealizado por cinco Tribunais Regionais Federais e pelo Conselho da Justiça Federal, contudo, o projeto só foi iniciado em setembro de 2009, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Em 29 de março de 2010, por ocasião da celebração do Termo de Acordo de Cooperação Técnica nº 51/2010 entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Tribunal Superior do Trabalho (TST) e o Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), a Justiça do Trabalho aderiu, oficialmente, ao Processo Judicial Eletrônico – PJe. Na mesma data, por meio do Acordo de Cooperação Técnica nº 01/2010, assinado entre o Tribunal Superior do Trabalho, o Conselho

DOCTRINA

Superior da Justiça do Trabalho e os 24 Tribunais Regionais do Trabalho de todo o país, todos os órgãos da Justiça do Trabalho passaram a integrar o projeto¹⁸.

Com o PJe, o Judiciário Trabalhista teve a possibilidade de alterar a estrutura do procedimento judicial, automatizar a prática de inúmeros atos e se modernizar, acompanhando as inovações e avanços do universo tecnológico, bem como a difusão e acessibilidade do uso da internet¹⁹.

Não obstante, ao disponibilizar essa grande quantidade de dados, inclusive os chamados dados sensíveis e os dados pessoais, indaga-se se o Poder Judiciário não estaria infringindo as normativas nacionais e internacionais mencionadas alhures sobre proteção de dados.

A indagação e sua resposta são preocupantes, uma vez que o Poder Judiciário, como parte do Estado e guardião de dados sensíveis e pessoais de inúmeros cidadãos jurisdicionados, não poderia disponibilizar tais dados, sem limites claros e restritivos dispostos na legislação aplicável.

É cediço que no Brasil os processos e seu conteúdo são públicos, com exceção dos processos que tramitam em segredo de justiça. Sem assinatura eletrônica dos procuradores ou membros do Judiciário, não é possível que o cidadão comum consiga ler o teor dos autos eletrônicos se não for parte envolvida e possuir a senha de acesso.

Por outro lado, é notório que a jurisprudência e as decisões ficam disponíveis no Diário Oficial e banco de decisões do Tribunal, de modo que inúmeros dados pessoais e dados pessoais sensíveis ficam disponíveis ao público em geral, violando o direito à privacidade e proteção de dados de diversos cidadãos.

Basta imaginar situações em que um reclamante obtém êxito na sua reclamação trabalhista e auferir uma grande quantia na condenação, muitas vezes valores milionários. Seu nome completo e dados pessoais sensíveis podem ser facilmente encontrados no *site* do Tribunal Trabalhista em que correu sua ação ou bancos públicos de jurisprudência. Além da divulgação de dados, uma simples consulta ao processo também permite visualizar o estágio da tramitação, bem como se o alvará já foi expedido.

Outras vezes, também ocorre de o resultado da ação ser amplamente divulgado em mídias sociais e *sites* de notícias jurídicas, *site* profissional do advogado atuante, ou até mesmo no campo “Notícias” no *site* do próprio Tribunal.

18 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Histórico do PJE*. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/pje/historico>. Acesso em: 17 jul. 2020.

19 ARAÚJO, Bruna de Sá. PJE. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Paraná, v. 9, p. 25-31, jul. 2020.

Além da exposição pública e risco à própria vida, dada a possibilidade de ocorrerem sequestros ou assaltos do reclamante ou de pessoas próximas, há também uma violação ao direito à privacidade, segurança e intimidade dos cidadãos jurisdicionados.

Conforme advertido por Marcelo Novelino²⁰, no Estado Democrático de Direito, os princípios, diferentemente das regras, devem ter aplicação mitigada quando verificada contraposição. Considerando os princípios que balizam a Lei de Acesso à Informação, Política de Dados abertos, Controle Social e a Lei de Proteção de Dados Pessoais, imprescindível observar o alcance e aplicação de cada um.

Assim, partindo de uma análise de princípios em colisão, é preciso analisar qual deles merece maior proteção, o princípio da publicidade e da transparência ou o princípio da privacidade? O Poder Judiciário deve seguir disponibilizando a sua base de dados dos processos e dos julgamentos de forma integral e gratuita?

Deveras, a LGPD também é aplicada no setor público, haja vista a expressa menção no art. 1º de que a sua aplicação também envolve as “pessoas jurídicas de público”. Dessa forma, urge discutir e regulamentar o alcance dessa diretriz às publicações de dados realizadas pelos Tribunais Trabalhistas, órgãos que detêm uma enorme quantidade de dados de pessoas físicas e jurídicas.

4.2 – O que os tribunais brasileiros podem aprender com a Lei francesa nº 2019-222 e a proteção de dados na França

No dia 23 de março de 2019, a Assembleia Nacional da França promulgou a Lei nº 2019-222, que trata da programação judiciária do país até 2022 e promove uma ampla reforma na justiça, incluindo diversas alterações em artigos do Código Civil, Comercial, Eleitoral, de Saúde Pública, dentre outros. A partir desse objetivo geral, a lei aproveitou a oportunidade para regulamentar o acesso aos dados judiciários²¹.

Assim, a partir de 2019, a França proibiu a divulgação de estatísticas sobre decisões judiciais, consoante a regra do artigo 33 da referida Lei francesa, que também adicionou dispositivos a outras leis, como o Código Penal. O artigo 33 estabelece

20 NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 65-66.

21 CORRÊA, Fernando; TRECENZI, Julio; NUNES, Marcelo Guedes. *A lei francesa de acesso a dados judiciários: algumas reflexões*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/304441/a-lei-francesa-de-acesso-a-dados-judiciarios-algumas-reflexoes>. Acesso em: 10 set. 2020.

“(…) que os dados de identidade de magistrados e servidores do Judiciário não podem ser reutilizados com o objetivo ou efeito de avaliar, analisar, comparar ou prever suas práticas profissionais, reais ou supostas.”

O artigo 33 (V) da Lei nº 2013-111, que foi modificado pela Lei nº 2019-222, determina que as decisões dos tribunais judiciais são disponibilizadas gratuitamente ao público em formato eletrônico, mas sujeitos às disposições especiais que regem o acesso e a publicidade das decisões judiciais: os nomes e sobrenomes das pessoas singulares mencionadas na decisão, quando são partes ou terceiros, ficam ocultos antes da disponibilização ao público. O artigo também prevê que, quando a divulgação dos dados for suscetível de prejudicar a segurança ou o respeito da privacidade dessas pessoas ou sua comitiva, também estará oculto qualquer elemento que permita identificar as partes, os terceiros, os magistrados e os membros do registro.

A violação da proibição à predição é punida com as penalidades previstas nos artigos 226-18, 226-24 e 226-31 do Código Penal, que podem chegar à pena máxima de cinco anos de reclusão, sem prejuízo das medidas e sanções previstas pela Lei nº 78-17, de 6 de janeiro de 1978, relativa ao tratamento de dados, arquivos e liberdades.

A premissa da qual a lei parte é que, ao restringir o acesso a dados pessoais e liberar o acesso aos dados de conteúdo, a justiça francesa estaria conciliando a publicidade das informações jurídicas com a proteção à intimidade das pessoas envolvidas²².

A vedação dos tratamentos ligados à identidade dos magistrados é justificada pelo argumento de que a construção de perfis individualizados é contrária ao funcionamento adequado da justiça. Parlamentares franceses impugnaram a vedação no Conselho Constitucional francês, alegando que a proibição do tratamento desses dados violaria o princípio da igualdade, uma vez que a construção dos perfis contribuiria para o estabelecimento de uma “paridade de armas” entre litigantes²³.

No entanto, o argumento foi rejeitado pelo Conselho Constitucional francês, conforme a Decisão 2019-778 DC²⁴, na qual se afirmou que a predição dos magistrados contribuiria para pressionar a atuação do Poder Judiciário e para

22 *Ibid.*

23 ORSINI, Adriana Goulart de Sena. Jurimetria e predição: notas sobre uso dos algoritmos e o Poder Judiciário. In: *Futuro do trabalho: efeitos da revolução digital na sociedade*, Brasília: ESMPU, 2020. p. 326.

24 Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2019/2019778DC.htm>. Acesso em: 10 set. 2020.

que as partes escolhessem estratégias de litigância em razão das características individuais dos magistrados, distorcendo o funcionamento da justiça francesa.

A retirada dos nomes e sobrenomes das pessoas físicas mencionadas nas decisões francesas a partir de 2019, independentemente do fato de serem partes ou terceiros, antes da disponibilização ao público, visa atender as determinações da GDPR. A Lei francesa levou em consideração o fato de que são dados sensíveis aqueles que não podem ser disponibilizados ao público, tratando-se de uma forma de proteção dos envolvidos.

Desse modo, a GDPR determina que, se a divulgação de outras informações colocar em risco a segurança ou o respeito pela vida privada dessas pessoas ou seus arredores, não deverão ser publicadas, assim como qualquer informação que identifique as partes ou terceiros.

O exemplo da legislação francesa poderia servir como exemplo para a proteção de dados pessoais e sensíveis de cidadãos brasileiros jurisdicionados. No entanto, a LGPD abriu exceções que podem prejudicar a segurança e privacidade da população do país.

Conforme se denota da leitura do art. 7º da LGPD, o consentimento é a base fundamental para diversos dos tratamentos de dados realizados pelos controladores. Não obstante, a LGPD prevê que o consentimento não é obrigatório em alguns casos.

Essa exceção vale para órgãos da Administração Pública quando o tratamento visar ao cumprimento de leis e de políticas públicas, como para a execução de contratos ou para o exercício regular de direitos, isto é, ao utilizar dados em uma ação judicial, por exemplo. Órgãos de pesquisa também não precisam exigir consentimento, mas devem trabalhar com dados anonimizados sempre que possível, assim, é possível ter acesso aos dados estatísticos sem que eles sejam conectados a um titular específico.

Alexandre de Moraes²⁵ vaticina que os direitos fundamentais não podem ser analisados como absolutos e inflexíveis; havendo conflito entre eles, deverão ser interpretados para que haja a devida harmonia. Complementa que:

“(…) quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concórdância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance

25 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 92.

de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.”²⁶

Uma solução para a colisão entre os princípios da publicidade e da transparência e o princípio da privacidade seria o exemplo visualizado na Lei francesa nº 2019-222. A retirada dos nomes e sobrenomes das pessoas físicas e a omissão dos dados quando for suscetível de prejudicar a segurança ou o respeito da privacidade das partes ou sua comitiva podem ser exemplos a serem seguidos pelo Judiciário brasileiro.

Com a LGPD em plena vigência no Brasil desde 18 de setembro de 2020, é salutar discutir e regularizar pontas soltas deixadas pela legislação específica. Tendo em vista o armazenamento de milhares de dados nos *sites* dos Tribunais no Brasil, muitas vezes replicados em bancos públicos de jurisprudência e *sites* de notícias jurídicas, impera definir a responsabilidade dos Tribunais, em especial os Regionais e Tribunal Superior do Trabalho, no tocante à proteção de dados.

5 – Considerações finais

Em plena vigência no Brasil desde o dia 18 de setembro de 2020, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) enseja ampla discussão sobre problemáticas oriundas da necessidade de proteção de dados. O presente artigo buscou discutir a questão que afeta os Tribunais trabalhistas do país, demonstrando que tais órgãos também precisam adequar-se à nova legislação que regula de forma específica a proteção de dados.

Partindo de um estudo aprofundado sobre as primeiras regulamentações sobre proteção de dados no mundo, demonstrou-se que o tema em questão foi discutido e regulado com maior profundidade em países da União Europeia, Ásia e América do Norte.

De maneira superficial, no Brasil, o art. 5º, *caput* e inciso X, da Constituição Federal prevê a proteção e inviolabilidade dos brasileiros e estrangeiros residentes no país, sem especificar se tal proteção abrangeria a proteção de dados. Em 2014, foi sancionada a Lei nº 12.965, chamada de Marco Civil da Internet, que dispõe sobre temas como neutralidade da rede, retenção de dados e funções sociais da internet, como liberdade de expressão, transmissão de conhecimento e responsabilidade civil.

A lei mais específica e aprofundada sobre o tema da proteção de dados é a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei nº 13.709/2018, com as al-

26 *Ibid.*, p. 93.

terações promovidas pela Lei nº 13.853/2019, que dispõe sobre a proteção de dados pessoais. A LGPD visa preservar o direito constitucional à liberdade e à privacidade que todos os cidadãos brasileiros têm, assim como protegê-los de danos causados por rupturas desses direitos.

As inovações tecnológicas permitiram a informatização de quase todo o sistema processual brasileiro e ampliou a publicidade das decisões judiciais. Soma-se a isso a grande quantidade de dados gerados pelo Judiciário, consolidados nas versões *online* dos diários oficiais ou nos próprios *sites* dos tribunais.

Ao disponibilizar essa grande quantidade de dados, inclusive os chamados dados sensíveis e os dados pessoais, o artigo buscou discutir se o Poder Judiciário não estaria infringindo as normativas nacionais e internacionais mencionadas alhures sobre proteção de dados.

Por fim, demonstrou-se que a Lei francesa nº 2019-222 pode ser um exemplo de possível solução para a colisão entre os princípios da publicidade e da transparência e o princípio da privacidade. Assim, a retirada dos nomes e sobrenomes das pessoas físicas e a omissão dos dados quando for suscetível de prejudicar a segurança ou o respeito da privacidade das partes ou sua comitiva podem ser exemplos a serem seguidos pelo Judiciário brasileiro.

6 – Referências bibliográficas

ARAÚJO, Bruna de Sá. PJE. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Paraná, v. 9, p. 25-31, jul. 2020.

BRASIL. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. (Marco Civil da Internet). Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=12965&ano=2014&ato=93eUTRE9ENVpWTdb6>. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Histórico do PJE*. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/pje/historico>. Acesso em: 17 jul. 2020.

CORRÊA, Fernando; TRECENTI, Julio; NUNES, Marcelo Guedes. *A lei francesa de acesso a dados judiciários*: algumas reflexões.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena. Jurimetria e predição: notas sobre uso dos algoritmos e o Poder Judiciário. In: *Futuro do trabalho*: efeitos da revolução digital na sociedade, Brasília: ESMPTU, 2020.

DOCTRINA

Internet

A Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitos-humanos/declaracao/>. Acesso em: 10 set. 2020.

A lei francesa de acesso a dados judiciais: algumas reflexões. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/304441/a-lei-francesa-de-acesso-a-dados-judiciarios-algumas-reflexoes>. Acesso em: 10 set. 2020.

Act on the Protection of Personal Information. Disponível em: http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail_main?re=02&ia=03&vm=02&id=2781. Acesso em: 10 set. 2020.

Amended Act on the Protection of Personal Information. Disponível em: https://www.ppc.go.jp/files/pdf/Act_on_the_Protection_of_Personal_Information.pdf. Acesso em: 10 set. 2020.

Atos Consolidados da Commonwealth. Disponível em: http://www6.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdb/au/legis/cth/consol_act/pa1988108/. Acesso em: 10 set. 2020.

Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 10 set. 2020.

Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data. Disponível em: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680078b37>. Acesso em: 10 set. 2020.

Décision n° 2019-778 DC. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2019/2019778DC.htm>. Acesso em: 10 set. 2020.

Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A31995L0046>. Acesso em: 10 set. 2020.

GB/T 35273-2017. Disponível em: <http://pip.tc260.org.cn/assets/wz/2020-03-07/ef2dab88-cd9d-4748-814a-a3eca027beba.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.

Lei de Proteção de Informações Pessoais e Documentos Eletrônicos. Disponível em: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/P-8.6/index.html>. Acesso em: 10 set. 2020.

Lei Federal de Proteção de Dados. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/bdsg_2018/. Acesso em: 10 set. 2020.

LGPD comentada. Disponível em: <https://guialgpd.com.br/lgpd-comentada/>. Acesso em: 10 set. 2020.

Princípios de privacidade australianos. Disponível em: <https://www.oaic.gov.au/privacy/australian-privacy-principles/australian-privacy-principles-quick-reference/>. Acesso em: 10 set. 2020.

Protección de los datos personales. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/64790/norma.htm>. Acesso em: 10 set. 2020.

Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679>. Acesso em: 10 set. 2020.

Recebido em: 20/09/2020

Aprovado em: 03/11/2020

O TRABALHO REMOTO DOS DOCENTES NO BRASIL EM TEMPOS DE PANDEMIA: REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE A ALTERAÇÃO DO LOCUS E MODUS

THE REMOTE WORK OF TEACHERS IN BRAZIL IN PANDEMIC TIME: LEGAL REFLECTIONS ABOUT CHANGING OF LOCUS AND MODUS

Thaís Cláudia D'Afonseca da Silva*
Cristiane Carvalho Andrade Araújo**

RESUMO: Profundas mudanças no contexto social, político e econômico foram impostas pela pandemia da Covid-19, impactando diretamente o mundo do trabalho, não apenas pela própria questão sanitária, mas marcando sensivelmente a inserção em massa das tecnologias da informação e comunicação como instrumento de trabalho. O cenário implementou igualmente ao trabalho docente grandes mudanças, com a transferência de seu *locus* e alteração de seu *modus*. Nesse estado de coisas, o presente artigo busca avaliar o trabalho remoto dos professores em razão da sua natureza jurídica e os efeitos e direitos, a partir de uma interpretação sistemática, teleológica e constitucional do Direito do Trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Pandemia. Trabalho Docente. Alteridade. Direito à Desconexão.

ABSTRACT: Profound changes in the social, political and economic context were imposed by the COVID-19 pandemic, directly impacting the world of work, not only due the health issue itself, but also significantly affecting the mass insertion of information and communication technologies as a work tool. The scenario also brought about major changes to the teaching work, with the transfer of its locus and modification of its modus. In this state of affairs, this article seeks to assess the remote work of teachers because of their legal nature and the effects and rights, based on a systematic, teleological and constitutional interpretation of Labor Law.

KEYWORDS: Pandemic. Work of Teachers. Alterity. Right to Disconnect.

* *Doutoranda e mestre em Direito Privado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas; professora de Direito do Trabalho na PUC Minas e na Escola Superior Dom Helder Câmara; integrante do Grupo de Pesquisa e Extensão Capitalismo e Proteção Social na Perspectiva dos Direitos Humanos e Fundamentais do Trabalho e da Seguridade Social – PUC Minas e vice-líder do Grupo de Pesquisa Trabalho em Movimento – TREM/UFMG; advogada.*

** *Mestranda em Direito Privado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas; especialista em advocacia trabalhista pela Escola Superior de Advocacia – ESA/MG; advogada.*

1 – Introdução

A pandemia da Covid-19 trouxe profundas mudanças ao contexto social, político e econômico, impactando diretamente o mundo do trabalho. Não apenas pela própria crise sanitária de graves proporções com milhares de mortes ao redor do mundo, mas também transformou completamente as relações sociais e restou marcada pelo uso em massa das tecnologias de informação e comunicação como instrumento de trabalho e sociabilidade.

Em razão da determinação de que as aulas presenciais estariam suspensas em todo o país, os professores passaram a desempenhar as suas atividades, especialmente no setor privado, por via dos instrumentos de telemática e informática, transmitindo suas aulas diretamente de suas residências.

O coronavírus expôs o trabalho docente a mudanças estruturais, modificando o seu *locus* e o seu *modus*. Se, por um lado, tais adequações impediram em grande medida o alargamento da contaminação, poupando a comunidade acadêmica, com reflexos positivos para toda a sociedade, por outro lado, trouxe aos docentes gravames de várias ordens.

Nesse cenário, o artigo pretende uma abordagem jurídica das alterações ocorridas no trabalho docente no contexto pandêmico, a partir da observância da própria atividade dos professores. A avaliação consiste especificamente nas mudanças no *locus* e no *modus*, visitando os impactos na jornada de trabalho e na assunção de riscos da atividade econômica quanto aos professores do setor privado. Busca uma análise sistemática, teleológica e constitucional do Direito do Trabalho no tocante a tais questões.

Importa destacar, de modo antecedente, o papel que cumpre o ramo juslaboral por sua vocação tutelar à parte vulnerável da relação de emprego e de sua matriz constitucional, que, por sua vez, inclina-se ao caminho da progressividade dos direitos sociais, art. 7º, *caput*, da Constituição Federal.

Logo, em momentos de extrema gravidade, como o experimentado na pandemia, a manutenção e a ampliação da gama protetiva social e trabalhista ao maior número de trabalhadores são ainda mais requisitadas. É nesse espírito que deveria se dar a interpretação da materialidade das relações sociais e trabalhistas – todas contaminadas em alguma medida pelo coronavírus –, a construção das normas no período e a interpretação das já existentes.

2 – A mudança do *locus*: um debate sobre a natureza do trabalho remoto docente

A necessidade de isolamento social no período de pandemia impôs a suspensão das aulas em todo o país. Em 20 de março de 2020, o Ministério

da Educação autorizou por 30 dias a realização de aulas através dos meios e tecnologias de informação e comunicação para o ensino superior, por meio da Portaria nº 343/2020. Posteriormente, foram editadas as Portarias ns. 345, 473 e, por fim, a 544, de 2020, que revogou as anteriores e estendeu a substituição de aulas presenciais por aulas em meios digitais até 31 de dezembro de 2020. No dia 1º de abril, foi editada a Medida Provisória nº 934, convertida na Lei nº 14.040/2020, que dispensou os 200 dias letivos presenciais, exigidos pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, e permitindo – excepcionalmente em razão do estado de calamidade, reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6/2020 – atividades pedagógicas não presenciais¹.

Em razão de tal situação, o trabalho do professor, especialmente das escolas privadas, passou a ser realizado em outro lugar. A clássica sala de aula presencial e física foi substituída pela residência do professor. A mudança de *locus* implicou transformações diversas como o próprio *modus* do trabalho, modificando a dinâmica pessoal, familiar, social e econômica dos trabalhadores.

Essas significativas alterações atraem a necessidade, portanto, de reflexão quanto à natureza jurídica do trabalho realizado de modo remoto, especialmente no que concerne a sua eventual comparação com o teletrabalho.

Isso, porque a Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020, que teve seu prazo de vigência encerrado em 19 de julho de 2020 (Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 92, de 2020), trazia em seu art. 4º a equiparação do trabalho a distância e do trabalho remoto ao teletrabalho. Ainda, destacava que as situações de trabalho a distância e trabalho remoto, estando contidas no conjunto do teletrabalho, atrairiam igualmente a aplicação da exceção contida no art. 62, III, da CLT. O § 1º do art. 4º dispunha que:

“Para fins do disposto nesta Medida Provisória, considera-se teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância a prestação de serviços preponderante ou totalmente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias da informação e comunicação que, por sua natureza, não configurem trabalho externo, aplicável o disposto no

1 A MP nº 934/2020 convertida na Lei nº 14.040/2020, em caráter excepcional para o ano letivo de 2020, dispensou a educação infantil do cumprimento dos dias de trabalho educacional e da carga horária mínima previstos do inciso II do *caput* do art. 31 da Lei nº 9.394/96 – ou seja, das 800 (oitocentas) horas em no mínimo 200 (duzentos) dias – e dispensou o ensino fundamental e o ensino médio da obrigatoriedade do mínimo de dias de efetivo trabalho escolar previstos no inciso I do *caput* e do § 1º do art. 24 do mesmo diploma – ou seja, manteve a obrigatoriedade de 800 (oitocentas) horas anuais, mas dispensou o mínimo de 200 (duzentos) dias letivos presenciais, tudo a partir do próprio permissivo do art. 23, § 2º, da Lei nº 9.394/96. O ensino superior ficou dispensado do cumprimento dos dias de efetivo trabalho acadêmico, os 200 dias, conforme art. 47 da LDB, restando a obrigação de cumprimento da carga horária prevista na grade curricular do curso.

inciso III do *caput* do art. 62 da Consolidação das Leis do Trabalho.” (BRASIL, 2020)

Trata-se de uma imprecisão do legislador e que não pode passar despercebida, sob pena de severos prejuízos aos trabalhadores. Inconcebível tecnicamente a equiparação das três hipóteses. Ainda mais se avaliada a partir da inclusão dos modelos na excepcionalidade contida no art. 62, III, da CLT, que retira uma relevante proteção do trabalhador: o limite de jornada.

O teletrabalho possui previsão legal introduzida pela Lei nº 13.467/2017, que acrescentou à CLT os arts. 75-A até 75-E e passou a disciplinar a espécie de trabalho a distância. Por seu turno, o teletrabalho, conforme o texto celetista, é caracterizado como o trabalho realizado a distância, *preponderantemente realizado fora das dependências do empregador, com utilização de tecnologias de informação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo*, art. 75-B da CLT.

Embora o teletrabalho seja anterior à pandemia da Covid-19, foi pela crise sanitária mundial que sua prática foi massificada, impactando diretamente a sistemática e o desenvolvimento do trabalho exercido por várias categorias de trabalhadores. Contudo, não há que se atribuir ao trabalho docente o caráter de teletrabalho.

É importante a conceituação legal e literal do teletrabalho e do trabalho em domicílio para análise do enquadramento da atividade docente em tempos de pandemia e os reflexos jurídicos, principalmente no que tange ao direito ao recebimento das horas extras.

O teletrabalho e o trabalho em domicílio podem ter *modus e locus* com pontos de caracterização convergentes, mas é possível verificar grande distinção para fins de enquadramento jurídico.

O teletrabalho deverá constar expressamente em contrato individual de trabalho ou em aditivo, devendo existir mútuo acordo entre as partes, ou seja, cabível a transação entre empregado e empregador.

O trabalho docente é desenvolvido nas escolas, presencialmente, internamente. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional impõe restrições a sua realização a distância, de modo não presencial, dada a sua natureza, com variações dos limites permissivos entre os níveis da educação infantil, ensino fundamental, ensino médio e ensino superior.

Em períodos de normalidade, o trabalho docente é tarefa preponderantemente exercida de forma presencial e dentro das dependências do emprega-

dor. Por ocasião da pandemia, esse trabalho passou a ser executado por meios telemáticos passando o seu *locus* da prestação do trabalho para a residência do docente.

Tal mudança de *locus* é excepcional. Não se trata da essência do trabalho docente, constitui em medida de segurança sanitária aos profissionais, alunos e sociedade. Sendo um trabalho essencialmente interno, o permissivo em razão da pandemia o torna *momentaneamente externo*. Aqui não cabe a negociação entre as partes, a autorização para que a educação seja feita a distância depende de lei.

O *modus* como ordinariamente é realizado o trabalho docente é verificável, portanto, não se perfaz por meio de instrumentos de telemática e informática, visto que é basicamente presencial. A sua realização por meios digitais ocorreu por estrita necessidade em razão da crise sanitária. Diferentemente, o teletrabalho se constitui exatamente a partir da utilização de tecnologias da informação e comunicação, este é o seu *modus* e requisito material. Enfim, inequívoca a diferença: um essencialmente presencial; o outro predominantemente a distância: incompatível a equiparação à espécie tratada no art. 75-B da CLT.

2.1 – Interpretação sistêmica, teleológica e constitucional do art. 62, III, da CLT

Parece bastante claro que o trabalho remoto docente não se confunde com o teletrabalho. Importa a distinção, ainda mais se considerado o dispositivo incluído na CLT pela Lei nº 13.467/2017 – o art. 62, III –, que retira dos trabalhadores em teletrabalho a proteção do Capítulo II do Título II da CLT, “Da Duração do Trabalho”.

Qualquer tentativa de equiparação é desapegada de rigor técnico e não possui aspectos fáticos que a possibilite. Mas seja no trabalho remoto e até mesmo na hipótese de verdadeiro teletrabalho, a exclusão do Capítulo II mencionado, ou seja, dos direitos ali estabelecidos, depende da constatação da real impossibilidade de controle de jornada.

A análise dos novos dispositivos trazidos pela Reforma Trabalhista deve passar por “interpretações lógico-rationais, sistemáticas e teleológicas, em conformidade com os critérios científicos da Hermenêutica Jurídica” (DELGADO; DELGADO, 2017). Os caminhos interpretativos perfazem o sentido teleológico do Direito do Trabalho, com sustentáculo na Constituição Federal – “*lex superior*, quer porque ela é fonte de produção normativa (*norma normarum*),

quer porque lhe é reconhecido um valor normativo superior (*supralegalidade material*)” (CANOTILHO, 2002).

Nessa medida, o exame da exceção contida no inciso III do art. 62 da CLT precisa se dar pela análise de todo o dispositivo, visto que comporta uma exceção a direito constitucionalmente consagrado, ou seja, o limite de jornada de trabalho.

Feito isso, conclui-se que somente ocorrerá a exclusão ao Capítulo II do Título II da CLT se de fato for incompatível ou impossível o controle de jornada do trabalhador. Isso, porque o inciso I do art. 62 deixa clara a circunstância; vejamos: “os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho”.

Portanto, a presunção legal de inexistência de controle de jornada do trabalhador em verdadeiro teletrabalho deve ser vista como *relativa*. Havendo a observância no caso concreto de controle de jornada, tal presunção é afastada ante a *primazia da realidade sobre a forma*.

A respeito da temática, Delgado e Delgado (2017) destacam:

“De fato, a Lei da Reforma Trabalhista introduziu novo inciso III no art. 62 da Consolidação, de forma a estabelecer a ressalva de que ‘os empregados em regime de teletrabalho’ não são abrangidos pelo regime previsto no Capítulo II celetista em análise (‘Da Duração do Trabalho’).

Essa ressalva coloca os empregados em regime de teletrabalho (art. 61, III) ao lado dos empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho (art. 61, I, da CLT) e dos gerentes ‘assim considerados os exercentes de cargo de gestão, aos quais se equipara para efeito do dispositivo neste artigo, os diretores e chefes de departamento e/ou filial’ (at. 62, II, da CTL).

A nova regra legal, entretanto, fixa apenas uma presunção jurídica: a de que, em se tratando de empregado que se encontra em efetivo regime de teletrabalho, ele não se acha em situação compatível com o controle de horários; por essa razão, ele fica excluído das regras da CLT que regulam, ilustrativamente, assuntos como jornada de trabalho, horas suplementares e/ou extraordinárias, além de intervalos trabalhistas.

Trata-se, naturalmente, de presunção relativa – que pode ser desconstituída por prova em sentido contrário.”

Nessa linha, Cláudio Jannotti da Rocha e Mirella Karen de Carvalho Bifano Muniz (2013) afirmam:

DOCTRINA

“É perfeitamente viável aplicar ao teletrabalhador as normas sobre jornada de trabalho, quando estiver em conexão permanente com a empresa que lhe controla a atividade e o tempo de trabalho. Afinal, essa é a regra, ao passo que o inciso I do art. 62 da CLT é a exceção. Não há incompatibilidade entre o teletrabalho e a jornada extraordinária.”

A tecnologia permite que os empregadores saibam em tempo real todos os atos de seus empregados, o *login*, o tempo *online*, o tempo *off-line*, tudo é observável. O controle pela máquina vai muito além do controle da gerência humana. Destacava Alice Monteiro de Barros que a “internet permite, inclusive, aferir o tempo de conexão do terminal do empregado, bem como quando foi acessado pela última vez o teclado” (BARROS, 2012).

Por isso, o trabalho a distância, que engloba o trabalho remoto e o teletrabalho, pode, sim, ser completamente controlado e medido em sua realização, e o art. 6º da CLT não deixa dúvidas de *que os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.*

Entende, portanto, que o trabalho remoto docente não se trata de teletrabalho, e que mesmo realizado a distância, trata-se de um trabalho completamente controlado, com horas computadas, inclusive cronometradas pelos relógios dos *softwares* de transmissão e gravação das aulas, para que não apenas as horas sejam somadas para atingir o limite determinado pela LDB, mas também, e em muito, para controlar a execução do trabalho dos professores.

Nesse sentido, toda a gama de direitos concernentes à duração do trabalho e sua proteção são devidos aos docentes, como, por exemplo, as limitações legais e convencionais da duração de jornada, adicional de horas extras, adicional noturno, intervalo intrajornada e interjornada, e outros.

As consequências educacionais, sociais, políticas, econômicas e de saúde do professor, a partir dessa alteração do *modus* e do *locus* da atividade docente, em decorrência da pandemia da Covid-19, ainda estão sendo avaliadas. Mas a avaliação dos reflexos jurídicos não deve distanciar da preservação dos direitos sociais e trabalhistas do trabalho do docente, impedindo retrocessos.

Importante enfatizar que a duração razoável da jornada se constitui em direito fundamental dos trabalhadores, afeto à saúde, à segurança e à higiene do trabalho, e que se negligenciado precariza severamente as condições de trabalho. Logo, a implementação dos meios de tecnologias da informação e comunicação não deve significar *retrocesso social*.

2.2 – Atividade docente remoto e o direito à desconexão

A transferência abrupta do *locus* da prestação do serviço para o domicílio do docente, passando esse a exercer sua atividade remotamente e através de meios telemáticos causou impactos sociais, pessoais, familiares, financeiros e na saúde física e mental dos trabalhadores em escala mundial e no caso específico dos docentes.

A tecnologia digital no auxílio da atividade docente não é novidade. Contudo, foi através das medidas sanitárias de isolamento social adotadas por vários governos mundiais e pelo Brasil, com a suspensão das aulas presenciais e a adoção como regra do ensino remoto, que o domínio dessas tecnologias passou a ser obrigatório aos docentes.

Igualmente, os professores passaram a estar mais tempo à disposição do empregador, por via de uma maior demanda não apenas de atendimento remoto dos alunos, mas também na preparação das aulas, de materiais adequados aos novos meios digitais, nas horas em gravação de vídeos e até mesmo no tempo para o carregamento das plataformas digitais. Todas as informações que antes eram majoritariamente transmitidas oralmente, em horário de aula, nas dependências do empregador, na pandemia requisitaram uma “decodificação” para ingressar no meio digital e abastecer os sistemas, gerando a necessidade de mais trabalho ao empregado, menos tempo de vida livre do trabalho.

Finalmente, é preciso apontar que para que o trabalho remoto docente se desenvolva é necessário que não só o docente tenha acesso às ferramentas para o desenvolvimento do trabalho, mas também que os discentes possuam as mesmas ferramentas para receber o ensino. É uma via de mão dupla em que professor e aluno precisam estar em conexão. Essa conexão extrapola os horários destinados às aulas, por vários fatores. Por exemplo, os alunos requisitam mais os professores justamente pela mudança do método de ensino, outras vezes, pela própria impossibilidade de não conseguirem acesso à internet e equipamentos de telemática e informática a qualquer tempo, podendo vir a ocorrer fora dos horários de aula.

A alteração do *locus* e do *modus* da prestação do serviço docente e a adaptação das ferramentas de trabalho não foram as únicas dificuldades enfrentadas pelos docentes. Na educação básica pública, por exemplo, muitos sequer possuíam conhecimento, formação ou treinamento para o desenvolvimento das atividades de forma remota por meio digital, é o que mostra o relatório técnico

realizado pelo Grupo de Estudos sobre Política Educacional e Trabalho Docente – Gestrado – da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)².

Nesse norte, observa-se uma total conexão dos docentes no período da pandemia, com jornadas exaustivas e diversas adversidades, o que certamente ocasiona maior esgotamento com desgaste físico e psíquico desses profissionais. Verifica-se claramente um severo cisma no sistema de proteção da saúde obreira, seja pelo abuso nas horas de trabalho, seja por toda a nova dinâmica de trabalho.

Mauricio Godinho Delgado (2019) ressalta que:

“as normas jurídicas concernentes à duração do trabalho já não são mais – necessariamente – normas estritamente econômicas, uma vez que podem alcançar, em certos casos, a função determinante de normas de saúde e segurança laborais assumindo, portanto, caráter de normas de saúde pública.”

E ainda ressalta:

“A Constituição da República apreendeu, de modo exemplar, essa nova leitura a respeito da jornada e duração laborativas e do papel que têm no tocante à construção e implementação de uma consistente política de saúde no trabalho.” (DELGADO, 2019)

Observando a evolução normativa quanto à proteção do trabalho, tem-se que a jornada de trabalho é uma das primeiras conquistas do trabalhador e é objeto de proteção legal constitucional. O art. 6º da Constituição Federal trata diretamente dos direitos sociais com a previsão de garantia de direito à saúde e ao lazer, enquanto o art. 7º prevê expressamente o direito à duração do trabalho normal, *não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho*.

O direito à duração razoável do trabalho, ao lazer e ao descanso é do conjunto dos direitos humanos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos observa em seu artigo 24º que “todo homem tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e férias remuneradas periódicas”. O Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que ingressou no ordenamento jurídico pelo Decreto nº 591/92, prevê em seu art.

2 A pesquisa buscou conhecer os impactos das medidas de isolamento social em função da pandemia da Covid-19 sobre o trabalho docente na Educação Básica nas redes públicas de ensino no Brasil. A amostra da pesquisa foi constituída por 15.654 professores e professoras das redes públicas da Educação Básica, com todos Estados da Federação abrangidos. O relatório está disponível em: https://anped.org.br/sites/default/files/images/cnte_relatorio_da_pesquisa_covid_gestrado_v02.pdf. Acesso em: 10 set. 2020.

7º, *d*, o direito a: “descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feriados”.

Cabe mencionar que não se trata só da proteção contra jornadas de trabalho exaustivas, mas do direito a desconectar-se do trabalho. Importa o direito a obstar o trabalho e não estar vinculado a nada que o faça menção. Embora o Brasil tenha toda uma proteção concernente à duração do trabalho, não tem legislação específica do direito à desconexão, como em outros países.

Destaca-se, por exemplo, a regulamentação do direito à desconexão incorporado à legislação francesa, no Article L2242-17, 7º, Code du Travail³:

“La négociation annuelle sur l’égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail porte sur:

(...)

7º – 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. A 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.” (FRANÇA, 2018)

Recentemente, em meio à pandemia, foi publicada na Argentina lei que regulamentou a modalidade de teletrabalho e assegurou o direito à desconexão e descanso fora do horário de trabalho. A Lei nº 27.555/2020 incorporou modificações à Lei nº 20.744/76. O artigo 5º da nova lei garante o direito à desconexão digital, conforme transcrição abaixo:

“Artículo 5º – Derecho a la desconexión digital. La persona que trabaja bajo la modalidad de teletrabajo tendrá derecho a no ser contactada y a desconectarse de los dispositivos digitales y/o tecnologías de la información y comunicación, fuera de su jornada laboral y digitales y durante los períodos de licencias. No podrá ser sancionada por hacer uso de este derecho.

3 Em breve resumo e por tradução livre, os dispositivos mencionados garantem por via da negociação, com prestígio à igualdade entre homens e mulheres, que a empresa deva implementar procedimentos para o pleno exercício pelo empregado do seu direito à desconexão, com estabelecimento de dispositivos regulatórios da utilização de ferramentas digitais para garantir o respeito aos tempos de descanso e da vida pessoal e familiar do empregado.

El empleador no podrá exigir a la persona que trabaja la realización de tareas, ni remitirle comunicaciones por ningún medeio, fora de la jornada laboral.” (ARGENTINA, 2020)

Feitas tais considerações, conclui-se que a proteção e a limitação da jornada do docente constituem, em essência, verdadeira norma de proteção ao direito constitucional à jornada não extenuante, à qualidade de vida, à desconexão, independentemente se o meio ambiente do trabalho sofreu alteração das dependências do empregador para a residência do empregado. Ressalta-se, ainda, que um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana, com atribuição de valor social ao trabalho, conforme preconiza o art. 1º, incisos III e IV, da CF/88. O direito ao não trabalho é afeto à saúde do trabalhador, e em tempos pandêmicos precisa ser observado e cuidado.

3 – A alteração do *modus* do trabalho docente e a alteridade do empregador

O presente artigo tem a intenção de avaliar brevemente as alterações ocorridas no trabalho docente em razão da pandemia, em seu *locus* e *modus*, restringindo-se, no entanto, a verificação dos efeitos jurídicos quanto à jornada de trabalho e da assunção de riscos da atividade econômica. Contudo, é de se frisar que a atividade docente foi severamente impactada, com consequências sociais, econômicas, psíquicas e físicas aos obreiros.

A sala de aula invadiu a casa dos professores, retirando-lhes a intimidade e contaminando o convívio familiar, com um entrelaçamento do espaço da vida familiar e pessoal com o ambiente de trabalho. A necessidade abrupta, sem o devido treinamento, de operar sistemas e plataformas digitais impingiu não apenas maior jornada, mas também aumentou a tensão dos docentes, e tudo isso sem as condições ergonômicas necessárias e as devidas medidas organizacionais de contenção de riscos à saúde.

As aulas, que antes se desenvolviam no ambiente escolar, passaram a ser, em muitos casos, gravadas, gerando o desconforto da exposição da imagem do docente, com o risco de não haver controle sobre a sua propagação.

A par disso, destaca-se o direito do docente à preservação e inviolabilidade da sua intimidade, à vida privada, à honra, a sua imagem, art. 5º, X, da Constituição, e a salvaguarda dos direitos autorais por toda a sua produção, especialmente quanto aos materiais de apoio de aula e disciplinas, apostilas, textos, exercícios, *slides*, bem como do próprio conteúdo da aula, conforme a Lei nº 9.610/98.

Mas aqui a análise resta mais detida nas implicações da mudança de *modus* e *locus* quanto à absorção por parte dos obreiros dos custos para a realização desse novo formato de trabalho docente.

DOCTRINA

O trabalho realizado na residência do trabalhador evidentemente implica custos. No caso do trabalho dos professores, como já debatido, o uso da tecnologia tornou-se *momentaneamente* a ferramenta para execução do trabalho, devendo ser totalmente provida pelo empregador.

Os docentes precisaram ter em suas residências conexão de internet que possibilitasse sustentar a transmissão de dados por longo período, sejam nas aulas *síncronas ou assíncronas* e também para todas as atividades fora do período de tais aulas, ou seja, contato com os alunos, reuniões com as coordenações, acesso às plataformas digitais, correção de trabalhos e provas nos respectivos meios virtuais, entre outros.

Ocorre que os custos da instrumentalização do trabalho, como a internet banda larga ou os dados da companhia telefônica, equipamentos tecnológicos e de telemática, a energia elétrica, enfim, todos os instrumentos de trabalho, como mencionado, devem ficar às expensas dos estabelecimentos de ensino e não dos trabalhadores.

A Lei nº 14.040/2020, que regulamentou a permissão de atividades pedagógicas remotas em caráter excepcional no período da calamidade pública, assim determina no § 5º do art. 2º:

“Os sistemas de ensino que optarem por adotar atividades pedagógicas não presenciais como parte do cumprimento da carga horária anual deverão assegurar em suas normas que os alunos e os professores tenham acesso aos meios necessários para a realização dessas atividades.”
(BRASIL, 2020)

Imperioso reforçar que constitui característica do empregador a *alteridade* ou a assunção de riscos, art. 2º da CLT. A exploração do trabalho no modo de produção capitalista implica a contrapartida ao trabalhador, por via da contraprestação dos serviços prestados, e na legislação brasileira, tal contraprestação encontra-se resguardada do risco de repartir eventuais revezes do empreendimento com o empregador.

A possibilidade de impor aos trabalhadores, especialmente no caso aqui avaliado, os riscos do empreendimento, permitindo que os custos da nova forma de trabalho sejam absorvidos pela parte vulnerável, constitui em verdadeira afronta a toda a estrutura de proteção e sistema de garantias salariais, como a *irreduzibilidade e intangibilidade salarial*. Não se pode permitir que do fruto de seu trabalho, a verba alimentar por excelência, o empregado deva contribuir com os meios necessários à produção da atividade laborativa.

DOCTRINA

O Direito do Trabalho por seus princípios cardeais impede alterações lesivas ao contrato de trabalho. Assim, é de se observar que tais custos implementados em meio à pandemia ensejam o dever de reparação por parte dos empregadores, sob pena de serem consideradas também alterações lesivas.

Essa tônica, especialmente em um cenário de grave crise sanitária, com reflexos mais drásticos aos mais vulneráveis, certamente se traduz em precarização nos direitos trabalhistas dos professores. Por outro lado, também é possível verificar prática de enriquecimento sem causa, art. 884 do Código Civil, e quebra da boa-fé contratual, art. 422 do Código Civil.

Os reflexos da pandemia ainda não podem ser medidos em toda sua extensão e profundidade, um contexto crítico inimaginável se instalou, e como dito, com sérias repercussões sociais, políticas e econômicas, além da própria crise sanitária. É certo que tal cataclismo atingiu toda a humanidade, mas a intensidade e os reflexos maléficos do risco não afetam igualmente a todos. Certamente, os docentes restaram mais afetados que as instituições de ensino.

4 – Conclusão

A pandemia da Covid-19 demonstrou que as classes sociais mais baixas sofrem maiores efeitos do quadro pandêmico por falta de acesso à saúde, à moradia digna, ao saneamento básico, entre outros direitos e garantias. A falta de recursos materiais limita não apenas as condições de sobrevivência, mas pioram a qualidade de vida, gerando efeitos deletérios ao próprio isolamento social e intensificando aqueles próprios da pandemia. Por tudo isso, se verifica que inversamente proporcional à condição social são os efeitos da pandemia para as camadas sociais.

Impor jornadas exaustivas e não realizar a devida reparação aos custos do trabalho realizado, como aqui foi demonstrado, intensificam as sequelas do cenário de pandemia aos professores.

O trabalho dos docentes, na medida em que produz conhecimento e é grande parte da materialização da educação, um dos valores mais importantes para sociedade democrática, se constitui em verdadeiro contributo ao Estado Democrático de Direito.

Preservar as premissas de trabalho digno aos professores, com a manutenção dos direitos trabalhistas e das condições indelévels de saúde física e mental, além de propiciar os meios adequados para o exercício da docência, é um dever legal e inarredável dos empregadores, as instituições de ensino.

Por toda a situação aventada é que o Direito do Trabalho deve se firmar, também durante a pandemia, em seu caminho tuitivo, por seu caráter teleológico, na salvaguarda das condições dignas de trabalho, e que por suas finalidades históricas, hoje lastreadas por sua matriz constitucional e dos direitos humanos, permanece fundamental ao equilíbrio das relações sociais no cerne do modo de produção capitalista.

5 – Referências bibliográficas

ALMEIDA, Cleber Lúcio de; ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. *A constitucionalização do direito do trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2017.

ARGENTINA. *Ley 27.555 de 14 de agosto de 2020*. Regimén legal del contrato de trabajo. Disponível em: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/233626/20200814> Acesso em: 12 set. 2020.

BARROS, Alice Monteiro de. *Contratos e regulamentações especiais de trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2012.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a outra modernidade*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2003.

BELMONTE, Alexandre Agra. Problemas jurídicos do teletrabalho. *Revista do Direito do Trabalho*, São Paulo, ano 33, n. 127, p. 13-27, jul./set. 2007.

BOTELHO, Paulo Regis Machado. Contratos de trabalho especiais: teletrabalho e intermitente. In: AGUIAR, Antônio Carlos (Coord.). *Reforma trabalhista: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.442, de 1º de maio de 1943*. Consolidação das Leis do Trabalho. Alterado pela Lei nº 13.467/2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. *Lei nº 9.392, de 20 de dezembro de 1996*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm. Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. *Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 set. 2020.

BRASIL. *Lei nº 14.040, de 6 de julho de 2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14020.htm. Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. *Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020*. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-covid-19>. Acesso em: 10 set. 2020.

DOCTRINA

BRASIL. *Medida Provisória nº 944, de 22 de março de 2020*. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-covid-19>. Acesso em: 10 set. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios do direito individual e coletivo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

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

FRANÇA. *Code du Travail*. Modifié par Loi n. 2018-771 du 5 septembre 2018. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000037389726/2018-09-07/>. Acesso em: 12 set. 2020.

GIORGI, Raffaele de. O risco na sociedade contemporânea. *Revista do Direito Sanitário*, Centro de Estudos e Pesquisas do Direito Sanitário – CEPEDISA/Núcleo de Pesquisas em Direito Sanitário – NAP-DISA/USP, São Paulo, v. 9, n. 1, p.37-49, mar./jun. 2008.

MAZZOULI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 4. ed. São Paulo: RT, 2016.

OEA – Organização dos Estados Americanos. *Convenção Interamericana de Direitos Humanos*. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

ONU – Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.

ROCHA, Cláudio Jannotti da; MUNIZ, Mirella Karen de Carvalho Bifano. O teletrabalho à luz do art. 6º da CLT: o acompanhamento do direito do trabalho às mudanças do mundo pós-moderno. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 87/88, n. 57, p.101-115, jan./dez. 2013.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios do direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. *Revista do Direito Trabalhista*, Brasília, v. 10, n. 09, p.12-18, out. 2003.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. *Os 201 ataques da “reforma” aos trabalhadores*. 8 maio 2017. Disponível em: <http://www.jorgesoutomaior.com/blog/os-201-ataques-da-reforma-aos-trabalhadores>. Acesso em: 9 set. 2020.

Recebido em: 18/09/2020

Aprovado em: 03/11/2020

O DIREITO PATRIMONIAL DE PROPRIEDADE INTELLECTUAL DO EMPREGADO AUTOR DE PROGRAMAS DE COMPUTADOR

THE INTELLECTUAL PROPERTY LAW OF THE EMPLOYEE AUTHOR OF SOFTWARES

Renata Barbosa Castralli Mussi*

RESUMO: Este trabalho visa aproximar o universo das criações tecnológicas ao meio ambiente laboral, limitando-se à criação de programas de computadores. A atual sociedade pandêmica atesta a importância dos *softwares* nas diversas vertentes da vida contemporânea. Nesse cenário, a figura do empregado autor se destaca, pois vale-se não apenas dos recursos internos de seu empregador, mas, principalmente, de sua capacidade de buscar conhecimento e criar modelos tecnológicos aptos a agregar valor e potencializar os ganhos da corporação.

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade Intelectual. Programa de Computador. Empregado.

ABSTRACT: *This paper aims to bring the universe of technological creations closer to the work environment, limiting itself to the softwares creation. The current pandemic society attests to the importance of software in the different aspects of contemporary life. In this scenario, the figure of the employee-author stands out, as he uses not only the internal resources of his employer, but mainly his ability to seek knowledge and create technological models capable of adding value and enhancing the corporation's earnings.*

KEYWORDS: *Intellectual Property. Software. Employee.*

1 – Introdução

A ininterrupta revolução dos meios tecnológicos de informação impulsionam um redirecionamento e reorganização das vidas e ações humanas, que abandonam o eixo estritamente local, em torno do eixo global-local, acarretando um processo de transformação estrutural, multidimensional, relacionado ao assomo de um novo paradigma tecnológico, baseado nas tecnologias de comunicação e de informação, evidenciando a necessidade crescente de incentivo às atividades de inovação tecnológica e de promoção de políticas voltadas à expansão sustentada da economia e do emprego.

* *Mestre em Direito pela Universidade Nove de Julho; pós-graduada em Direito do Estado pela Universidade Federal da Bahia; oficial da Reserva da Força Aérea Brasileira; assistente de juiz convocado no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região.*

Nesse cenário de profundas alterações, os programas de computadores representam um importante veículo capaz de redefinir e revolucionar a comunicação, a estrutura organizacional das empresas nacionais, a inovação tecnológica e o nível de vida dos trabalhadores.

Recentemente, em 19 de fevereiro de 2014, o Facebook (WHATSAPP, 2014)¹ anunciou um acordo para a compra do aplicativo WhatsApp. A transação totalizou o montante de 16 bilhões de dólares, podendo atingir a marca de 19 bilhões de dólares, ante as previsões contratuais para pagamento de adicional de três bilhões em ações, para fundadores e funcionários, nos próximos quatro anos. Em comunicado oficial, o Facebook/WhatsApp informou que mais de 450 milhões de pessoas usam o aplicativo mensalmente, sendo que mais de 320 milhões de usuários ativos o utilizam diariamente.

Esses dados revelam a importância e o poder que o direito patrimonial de propriedade intelectual dos autores de *softwares* representa para as empresas e para a sociedade.

Dessa maneira, a segurança jurídica em torno da proteção desses direitos se apresenta como tema atual, relevante e fundamental para a estruturação das novas bases mercadológicas e apto a auxiliar os organismos sociais à promoção de profundas e importantes transformações.

Assim, o presente trabalho tem por intuito analisar a segurança jurídica da imbricada relação entre empregado e empregador autor de programa de computador em face da titularidade do direito patrimonial de propriedade intelectual. E, ao final, estudar se a implantação de uma política de *software* na empresa nacional revela-se como uma solução possível.

Trata-se de pesquisa que adota uma abordagem qualitativa e quanto aos objetivos, exploratória.

Para a realização da pesquisa, será utilizado o método teórico-bibliográfico, pelo qual serão aplicados textos constantes de livros, artigos e publicações jurídicas no geral, valendo-se de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

2 – Os programas de computador

A proteção jurídica dos programas de computador (*software*) ganha força com a evolução dos processos tecnológicos e a acessibilidade dos meios de informática em todo o mundo. O capitalismo, adaptando-se às novas possibilidades, alterando o próprio sentido de produção, gradualmente incorpora todas as formas de trabalho intelectual à atividade econômica. Visto como um meio de produção

1 Disponível em: <http://blog.whatsapp.com/499/Facebook>. Acesso em: 7 jul. 2014.

intangível, a viabilizar um processo ou um produto de utilidade para a produção capitalista, demandou a necessidade de erigir um sistema de proteção jurídica.

As discussões iniciais, quanto à necessidade de proteção jurídica das criações intelectuais, consubstanciadas em programas de computadores, iniciaram-se na seara internacional, na década de 1970, com o objetivo de definir a natureza da proteção jurídica dos programas de computador, ou seja, se estariam sob proteção do ramo dos direitos autorais, sob o ramo da propriedade industrial, ou se haveria a necessidade de elaboração de um sistema *sui generis* (WIPO, 2014c).

Inicialmente, a ideia de elaboração de um sistema *sui generis* emergiu e ganhou força. A proteção *sui generis* proposta cobria os três elementos dos programas de computador: código-objeto, o código-fonte e documentação.

Código-fonte é o código original do programa de computador, escrito em linguagem de programação, que pode ser lido e compreendido por especialistas; código-objeto é uma versão do programa, diretamente utilizável em um computador, em formato binário (série de zeros e uns) que os processadores de computador podem entender, mas os seres humanos não podem se não for compilado, isto é, transformado em código-fonte; e documentação, que são instruções escritas em uma linguagem legível de programação de computador.

Contudo, essa ideia inicial não prevaleceu.

Em fevereiro de 1985, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual, juntamente com a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) promoveram um amplo debate sobre a matéria. A partir dessa iniciativa, que resultou em um estudo aprofundado sobre o tema, com a participação de peritos e especialistas, convencionou-se internacionalmente que a proteção mais adequada aos programas de computador era aquela afeita aos direitos autorais, *copyright*.

Duas publicações internacionais foram decisivas nesse sentido: a primeira, em julho de 1991, *The Computer Programs Directive of the European Community*, e, em abril de 1994, o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS, 1994). Essas duas publicações esclareceram que os programas de computador deveriam ser protegidos como obras literárias pela Convenção de Berna.

O artigo 10.1² do Acordo TRIPS contém disposição interpretativa estabelecendo que os programas de computador, seja em código-fonte ou objeto,

2 Acordo TRIPS. Artigo 10. Programas de Computador e Compilações de Dados. “1 – Programas de computador, em código fonte ou objeto, serão protegidos como obras literárias pela Convenção de Berna (1971)”.

serão protegidos pela Convenção de Berna. O artigo 4^o do Tratado de Direitos Autorais da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (WCT, 1996) inclui o mesmo esclarecimento em termos muito similares. Assim, quanto à extensão da proteção jurídica reconhecida, essas disposições estabelecem que a proteção ao direito de autor, no que tange aos programas de computador, abrange todas as formas de expressão, quanto ao modo ou à forma (em código-fonte ou objeto).

Essas publicações revelam o consenso internacional em proteger os programas de computador a partir das peculiaridades próprias do direito de autor, ou seja, como obras literárias. Entretanto, esse posicionamento não vincula as legislações nacionais, que podem adotar um sistema de proteção mais próximo das patentes, ou, ainda, *sui generis*, desde que resguardem o nível mínimo de proteção reconhecido às obras literárias pela Convenção de Berna.

Dessa maneira, entende-se que os programas de computador não são apenas soluções técnicas, mas são documentos escritos, fruto do intelecto humano, tais como as obras literárias e artísticas, ou seja, são criações intelectuais originais. Assim, a finalidade para a qual o escrito é criado, sob o ponto de vista de sua qualificação como obra literária, é irrelevante. O *software* em si não é apenas um resultado técnico, mas representa “a criação de um autor que tem um caráter técnico. A única diferença é a natureza ativa do programa de computador, o que significa que ele tem efeitos técnicos, físicos, no *hardware* do computador durante o seu funcionamento”. Mas essa não é uma razão para a exclusão do *software*, como uma expressão original criativa, da proteção dos direitos autorais (WIPO, 2014c).

Convém observar que há países onde se admite a possibilidade de patentear programas de computador, desde que estes possuam um caráter técnico (*technical character*) ou envolvam uma função técnica (*technical teaching*). No Brasil, programas de computador que gerem uma funcionalidade técnica e que estejam embarcados, isto é, que possuam um suporte material associado, um *hardware*, podem ser patenteados, se presentes os requisitos legais (art. 27.1 do Acordo TRIPS).

No Brasil, os programas de computador são regidos pela Lei Federal nº 9.609/98. E, segundo a legislação específica, são tidos como

“a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos,

3 WCT. Artigo 4. “Computer programs are protected as literary works within the meaning of Article 2 of the Berne Convention. Such protection applies to computer programs, whatever may be the mode or form of their expression”.

baseados em técnicas digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.”

Quanto ao regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador, no ordenamento jurídico brasileiro, adota-se também aquele conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no país (art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.609/98), cujas peculiaridades, relacionadas ao presente trabalho, serão analisadas no item seguinte.

3 – O regime jurídico aplicável ao empregado autor de programas de computador

O trabalho autoral possui características que o diferenciam da atividade desenvolvida pelos demais trabalhadores. Do autor exige-se e espera-se criatividade, originalidade, iniciativa própria e imaginação, qualidades que demandam uma enorme margem de liberdade no desempenho das atividades próprias.

O produto da atividade autoral excede àquele devido pelo trabalhador contratado; isso, porque uma obra, um programa de computador, corresponde a uma solução criativa, que não decorre do simples exercício de força, de lógica e de técnica, que compõem o trabalho operário.

As especificidades dessa relação propulsionam o empregado autor a um *status* peculiar, mais compatível com suas qualidades e conforme com as regras e princípios constitucionais.

Esse empregado é reinserido na relação laboral com um novo *status socialis*, tendo em vista suas potenciais habilidades, fundamentais para o desenvolvimento multidimensional e harmonioso da humanidade.

Esse posicionamento pode levar a duas principais críticas, são elas: o sensível aumento dos custos empresariais e o desestímulo do setor empresarial para investir em pesquisa, desenvolvimento, tecnologia e inovação, fatores essenciais ao desenvolvimento nacional e humano.

Nesse conflito aparente de interesses entre autores e empresários estão contidas muitas questões de natureza jurídica, social, econômica e ambiental, que suscitaram a preocupação do legislador nacional, desde 1987, quanto à alocação de direitos patrimoniais referente aos programas de computador.

3.1 – O empregado autor de programas de computador. Sistematização legislativa

A regra que determina a propriedade sobre as criações intelectuais está consignada nos incisos XXVII, XXVIII e XXIX do art. 5º do Texto Constitucional brasileiro.

DOCTRINA

Tais disposições constitucionais asseguram aos criadores intelectuais a titularidade originária do produto de seu trabalho intelectual.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2013, p. 326) entendem que o mencionado inciso XXVII do art. 5º assegura tanto os direitos morais, de caráter inalienável, quanto os direitos patrimoniais, relativos à forma de uso, fruição e disposição, alienáveis pelo autor ou eventualmente por seus herdeiros.

A doutrina considera que o art. 5º, XXVII, da Constituição busca assegurar a proteção do direito intelectual do autor em relação às obras literárias, artísticas, científicas ou de comunicação pelo tempo em que viver, que envolva não só os direitos morais concernentes à reivindicação e ao reconhecimento da autoria, à decisão sobre a circulação ou não da obra, inclusive sobre a sua conservação como obra inédita, à possibilidade de se lhe introduzirem modificações antes ou depois de utilizada, à adoção de medidas necessárias à proteção de sua integridade, mas também os direitos patrimoniais relativos à forma de uso, fruição e disposição.

Sob os parâmetros constitucionais, a Lei nº 9.610/98, em seu art. 11, prevê que o “Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica”.

Prima facie, pertenceriam aos empregados os programas de computador por eles desenvolvidos. A autoria seria determinante para o direito de propriedade, uma vez que para o direito autoral é irrelevante se o criador de obra intelectual é empregado, autônomo, servidor público, ou prestador de serviços. Contudo, não foi esse o entendimento dado à matéria pelo legislador ordinário.

A primeira vez que o legislador nacional dispôs sobre os direitos patrimoniais de propriedade intelectual do empregado autor de programas de computador foi com o art. 5º da Lei nº 7.646/87.

Referido dispositivo legal foi expressamente revogado pelo art. 16 da Lei nº 9.609/98, que, em seu art. 4º, trouxe regras muito próximas àquelas revogadas.

A legislação em vigor acrescentou os órgãos públicos ao rol dos titulares de direitos referentes à criação de programas de computador e a expressão “segredos industriais e negócios” ao conjunto de elementos que não podem ser utilizados pelo empregado quando de sua criação, a fim de que o programa de computador desenvolvido lhe pertença com exclusividade, além de estender o tratamento previsto no art. 4º aos casos em que o autor de programa de computador seja bolsista, estagiário ou assemelhado.

Para o deslinde da titularidade do direito patrimonial derivado do desenvolvimento de programas de computador nas relações de trabalho, há que

proceder a uma leitura atenta de todo o texto do art. 4º da Lei nº 9.609/98, em virtude de sua complexidade e importância para o tema.

Da leitura atenta, pode-se depreender que a titularidade dos direitos patrimoniais de propriedade intelectual dos programas de computador desenvolvidos durante o contrato de trabalho possui três soluções distintas, condicionadas ao tipo de criação, se “de serviço”, “mista” ou “livre” (MINHARRO, 2010, p. 130-135).

O ordenamento jurídico nacional propicia algumas regras acerca da autoria e da titularidade que podem trazer importantes subsídios para a sua aplicação ao Direito do Trabalho. Os programas de computador desenvolvidos e elaborados por empregado contratado expressamente para pesquisa e desenvolvimento desse tipo de tecnologia, ou para encargos, que, por sua própria natureza, gerem a necessidade de desenvolver esse tipo de criação, são entendidas como criações de serviço; já as criações realizadas por empregado que não tenha sido contratado para desenvolver ou elaborar programas de computador, mas que tenha utilizado recursos, dados, meios, equipamentos, informações tecnológicas, segredos industriais e de negócios, materiais ou instalações do empregador, da empresa ou entidade com a qual o empregador mantenha contrato de prestação de serviços ou assemelhados, recebem a denominação de criações mistas; todas as demais, ou seja, *softwares* desenvolvidos por empregados sem relação com o contrato de trabalho e sem a utilização de quaisquer recursos, dados, meios, equipamentos, etc., configuram as chamadas criações livres ou sem a cooperação do empregador.

Dessa maneira, o regime jurídico aplicável contém exceções à previsão geral constitucional.

Conforme o regramento legal, o vínculo laboral justifica a titularidade do empregador. Há, assim, uma distinção entre o autor da obra e o titular dos direitos referentes à criação. O autor seria aquela pessoa que elaborou, desenvolveu e materializou uma ideia. Enquanto o titular do direito seria aquele que efetivamente pode usar, gozar e dispor da obra intelectual. Nas criações de serviço, o empregador não adquiriria *status* de autor de obra, mas, por força legal, seria o titular originário dos direitos decorrentes do esforço intelectual do empregado (CARVALHO, 1996a, p. 15).

Toda a matéria da criação intelectual de empregados se desenvolve em torno da alocação de direitos em relação às criações de serviço e das criações mistas.

Nesse aspecto, a opção legislativa se aproxima àquela adotada para as propriedades industriais, prevista no art. 88 da Lei nº 9.279/96.

DOCTRINA

Na seara industrial, Mozart Victor Russomano (1997, p. 497-498) defende a existência e preponderância do direito originário de propriedade do empregador sobre os frutos do trabalho intelectual do empregado, nos seguintes termos:

“O princípio geral é de que a invenção pertence ao autor, porque é fruto de seu trabalho, de suas tentativas, de seu raciocínio, de suas pesquisas pessoais, das horas gastas. Esse princípio, porém, sofre não de uma revogação, mas uma refração, quando o invento se dá no decurso de um contrato individual de trabalho, isto é, em momento no qual o empregado está prestando serviços em benefício de outrem, com material alheio, dirigido, fiscalizado e subordinado ao empregador. Os resultados do trabalho de um empregado, por outro princípio geral, pertencem ao empregador. O invento em serviço resulta da atividade do empregado. Poder-se-ia, portanto, sem grande esforço de dialética, concluir pela atribuição ao empregador do direito de propriedade da invenção.”

Na tentativa de sistematizar juridicamente a questão, Riva Sanseverino (1976, p. 209-210) defende a existência de um contrato com causa mista informado por dois tipos de contrato: o contrato de trabalho e o contrato de venda de coisa futura.

“O contrato com o qual o trabalhador promete os eventuais resultados da própria atividade inventiva (contrato relativo às chamadas invenções de serviço) não é um verdadeiro contrato de trabalho, mas, uma vez admitida tal categoria genérica, um contrato com causa mista, no qual concorrem dois tipos diversos de contrato, contrato de trabalho e de venda de coisa futura (art. 1.472 do Código Civil). E esta conclusão pode ser confirmada pelo fato que permite conciliar dois elementos inconciliáveis em um tipo unitário de relação, ou seja, o originário direito de propriedade sobre o fruto do trabalho, a favor do empregador e o originário direito de propriedade sobre a própria descoberta, a favor do inventor prestador de trabalho.”

O próprio contrato de trabalho justificaria a titularidade da criação pelo empregador. Entretanto, Nuno T. P. Carvalho (1996, p. 10) ressalta que:

“é preciso verificar se o empregado desenvolveu o invento durante o horário de trabalho e com recurso a dados, meios e equipamentos do empregador; claro, é preciso determinar se o empregado, ao ser admitido no emprego, assinou contrato onde consta cláusula de cessão de direitos sobre invenções que viesse a realizar durante a vigência do contrato; além do contrato, há que apurar se existe regulamento na empresa dispondo

sobre inventos ou se há alguma cláusula nesse sentido em contrato coletivo de trabalho.”

O estudo do texto legal do § 2º do art. 4º da Lei nº 9.609/98, entretanto, não esclarece se no caso das criações mistas a propriedade do empregador sobre os programas de computador desenvolvidos e elaborados pelo empregado seria exclusiva ou em copropriedade com o autor.

Nesse ponto, o art. 36 da Lei nº 5.988/73⁴ foi a única previsão legal a estabelecer a partilha equitativa do Direito do Autor entre empregado e empregador⁵. Assim, os direitos de autor decorrentes de obra intelectual produzida em cumprimento ao dever funcional ou ao contrato de trabalho pertenceriam a ambas as partes.

Tanto a Lei nº 9.610/98 quanto a Lei nº 9.609/98 deixaram de regulamentar a matéria, o que permitiu um vazio normativo. Dessa maneira, revela-se imperiosa a necessidade de se estimular nas empresas nacionais políticas internas de direitos imateriais de modo a dispor, dentre outros, sobre os desenvolvimentos de *softwares* realizados por empregado que não é contratado para criar, mas que o faz mediante a utilização de dados, meios, instrumentos e equipamentos do empregador.

Nuno T. P. Carvalho (1996, p. 12), pautado pela legislação da propriedade industrial, entende que no caso de criações mistas o regime legal é o da cotitularidade.

“O regime legal reservado a estas invenções, as invenções mistas, de natureza supletiva (posto que admite estipulação em contrário), é o da cotitularidade, em partes iguais, entre patrão e empregado. É o que dispõem os arts. 42 do Código de 71 e o 91 da Lei nº 9.279/96. Além disso, o empregador tem direito a uma licença exclusiva de exploração da invenção, cabendo ao empregado uma remuneração por essa licença. Note-se, portanto, que a cotitularidade reservada ao patrão não é objeto de compensação ao empregado. A remuneração que o empregado-inventor recebe é em pagamento da licença exclusiva, como o § 2º do art. 91 da

4 “Art. 36. Se a obra intelectual for produzida em cumprimento a dever funcional ou a contrato de trabalho ou de prestação de serviços, os direitos do autor, salvo convenção em contrário, pertencerão a ambas as partes, conforme for estabelecido pelo Conselho Nacional de Direito do Autor. § 1º O autor terá direito de reunir em livro, ou em suas obras completas, a obra encomendada, após um ano da primeira publicação. § 2º O autor recobrará os direitos patrimoniais sobre a obra encomendada, se esta não for publicada dentro de um ano após a entrega dos originais, recebidos sem ressalvas por quem a encomendou.”

5 Ao longo da evolução legislativa do tema, foram quatro as leis que regulamentaram os direitos autorais: a Lei nº 496, de 1898, o Código Civil de 1916, a Lei nº 5.988/73 e a Lei nº 9.610/98.

DOCTRINA

Lei nº 9.279/96 deixa bem claro. Portanto, a cotitularidade é oferecida ao patrão como consequência da utilização, pelo empregado, das horas de trabalho e de recursos, dados e meios que lhe pertenciam.”

Não é objeto deste trabalho estudar a teoria da unidade da propriedade intelectual, que consiste em reconhecer a unidade das diversas formas de criação do intelecto humano, contudo, entendeu-se que a apresentação de elementos que compõem a propriedade industrial agregaria argumentos ao estudo do presente ponto.

Não obstante o consenso internacional em adotar as peculiaridades do direito de autor como mecanismo de proteção para os programas de computador, perfilhado pelo legislador ordinário, as análises tecidas até o momento neste trabalho não permitem corroborar com a sistematização dos direitos decorrentes do desenvolvimento de programas de computador apresentados pela legislação especial, tampouco com a adoção de regras de propriedade industrial para harmonizar temas de direito do autor.

O preceito legal inserto no art. 4º da Lei nº 9.609/98 não retirou apenas a exclusividade dos direitos decorrentes do desenvolvimento dos programas de computador pelos autores empregados, assegurado constitucionalmente no inciso XXVII do seu art. 5º, foi além, em absoluta afronta ao dispositivo constitucional, alterou a própria titularidade dos direitos relativos aos programas de computador.

Por óbvio, não se pretende negar a relatividade dos direitos fundamentais. Este trabalho entende, em consonância com o princípio da convivência das liberdades, que defende a máxima da cedência recíproca ou da relatividade dos direitos fundamentais (TAVARES, 2013), que existe uma variedade de hipóteses que balizam o alcance absoluto dos direitos fundamentais. Todavia, valendo-se do ensinamento de Dimitri Dimoulis (2001, p. 27): “É proibido proibir o exercício do direito além do necessário”.

Sob esse prisma, infere-se que a legislação específica excluiu direito fundamental do empregado autor em absoluta afronta ao ordenamento jurídico nacional. Esburgando o autor submetido a um contrato de trabalho, em vez de apoiá-lo e protegê-lo, como forma de incrementar o desenvolvimento científico e tecnológico e a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas e na sociedade, em harmonia com os preceitos normativos dos arts. 170, 218 a 219-B da Magna Carta.

Os textos legislativos defluem de objetivos e grupos divergentes dispostos em uma Assembleia e, por isso, podem incorrer em repetições despropositadas e

inconsistências. Supor que toda lei representa um todo coerente “é se equivococar sobre a natureza do processo legislativo”, possibilitando interpretações lúdicas, injustas e até inconstitucionais (POSNER, 2009, p. 311).

No inciso XXVII do art. 5º, o legislador constituinte se dedicou a garantir uma matéria de cunho técnico. Destarte, os termos utilizados quanto ao direito exclusivo para utilizar, publicar ou reproduzir suas obras devem ser compreendidos como o são na área do saber especializado.

Assim, a legislação sobre direitos autorais, no inciso I do art. 5º entente que publicação corresponde ao “oferecimento de obra literária, artística ou científica ao conhecimento do público” e, no inciso VI do mesmo artigo, que a reprodução corresponde à “cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido”. Se aos autores pertencem os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou (art. 22 da Lei nº 9.610/98), sem ressalvas ou limitações, lhes é assegurado “o direito exclusivo de utilização”, constitucionalmente consagrado, isto é, àqueles referentes ao direito de propriedade do autor sobre o produto de sua criação.

A garantia do direito de propriedade alberga as faculdades de usar, gozar e dispor da criação intelectual (MENDES; BRANCO, 2013, p. 87).

“Quando a Constituição garante a propriedade, mesmo sem definir, entende-se que acolhe o conceito firmado desse instituto, que possui um núcleo de significado a que se ligam as faculdades de usar, gozar e dispor.”

O inciso XXVII do art. 5º da Constituição Federal é norma de direito fundamental, “de âmbito de proteção estritamente normativo, cuja conformação depende, por isso, em grande medida, das normas de proteção fixadas pelo legislador” (MENDES; BRANCO, 2013, p. 326).

Além de regular diretamente as relações jurídicas, os direitos fundamentais são normas matrizes de outras normas (MIRANDA, 2001, p. 276). Assim, não se pode considerar os direitos fundamentais tão somente pelo prisma individualista. Tais direitos “transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais, para alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política, expandindo-os para todo o direito positivo” (MENDES; BRANCO, 2013, p. 167).

Esse significado encerra a dimensão objetiva dos direitos fundamentais que impede uma orientação puramente utilitária do inciso XXVII do art. 5º pelo legislador, intérprete e julgador. Nesse sentido, o texto legal em análise

não pode exprimir exclusivamente o “peso do capital”, mas, ao mesmo tempo, deve prestigiar a contribuição do espírito criativo, a originalidade, o esforço característico que excede àquela energia pactuada no contrato de trabalho, mesmo porque essenciais à própria ordem econômica e financeira em um contexto contemporâneo e globalizado, que clama por inovação.

Incorre em equívoco a alegação de que o art. 4º da Lei nº 9.609/98, por ser *lex specialis*, prevaleceria sobre o comando geral da Constituição. Essa lógica interpretativa restringe-se ao nível infraconstitucional, sob pena de subversão do ordenamento jurídico nacional.

Da norma constitucional emana um verdadeiro direito de propriedade⁶ em virtude da criação intelectual, que não pode ser esvaziado pela via ordinária, especialmente em prejuízo daquele que se encontra em posição de vulnerabilidade em face de seu empregador.

É de se observar o trinômio criação-trabalho-propriedade que deve ser interpretado em consonância com a função social da propriedade, com a função solidária dos direitos, e com os princípios superiores de ética e de justiça, que devem permear as relações tanto verticais quanto horizontais.

4 – O conhecimento como fator de produção da pós-modernidade e as políticas corporativas

Em consonância com a terceira dimensão de direitos humanos, cujo valor principal é a solidariedade, tendo em vista os novos valores incorporados pela sociedade, o legislador constituinte derivado, por meio da EC nº 85/2015, alterou a redação do Capítulo IV (Da Ciência, Tecnologia e Inovação) do Título VIII (Do Ordem Social), absorvendo as demandas da sociedade do conhecimento, que altera o centro de gravidade da sociedade moderna, consumista e essencialmente capitalista, com o reconhecimento do conhecimento como o principal fator de produção da sociedade pós-moderna (não mais a mão de obra e o capital).

Essa alteração decorre da percepção contemporânea de que o principal desafio que o Brasil terá de enfrentar para se transformar em um país desenvolvido é preparar-se para a “sociedade do conhecimento” (MCT, 2014, p. 9).

6 A Constituição da República Federativa do Brasil consagra o direito à propriedade, dentro do rol dos direitos individuais, no inciso XXII do art. 5º, limitando-a desde que atenda a sua função social, no inciso XXIII do mesmo artigo e, ainda, nos incisos XXIV *usque* XXX do art. 5º; nos incisos II e III do art. 170; arts. 177 e 178; arts. 182 *usque* 186; e, ainda, nos arts. 191 e 222. Nesse ponto essencial, as ressalvas já tecidas acerca das dessemelhanças e aproximações entre os institutos. Contudo, propôs-se, em consonância com Maristela Basso, a manutenção da concepção de propriedade.

DOCTRINA

“Essa é a diretriz estratégica para as próximas décadas, que no nosso caso, implica combinar educação universal de qualidade, pesquisa científica, inovação e inclusão social. A sociedade do futuro é a sociedade do conhecimento. Durante as últimas décadas, o mundo presenciou uma notável ampliação da utilização, na produção industrial, de avanços realizados em diversas esferas do conhecimento científico, especialmente nas áreas de automação, microeletrônica e informatização.”

Desse modo, com vistas a atender os anseios econômicos e sociais, mas também ambientais, de consumo, e difusos da sociedade, tanto numa relação horizontal quanto vertical, há que se apoiar e fomentar atividades e iniciativas que prestigiem a ciência, pesquisa, tecnologia e inovação, em nome do conhecimento, o novo “recurso econômico básico” (DRUCKER, 2002, p. 175-176).

Essa nova diretriz estratégica, em harmonia com os direitos e garantias fundamentais, qualifica e alavanca a promoção de uma releitura do disposto no § 1º do art. 4º da Lei nº 9.609/98, que trata da compensação do trabalho ou serviço prestado pelo salário ou remuneração.

Orlando Gomes e Elson Gottschalk (1990, p. 234) conceituam o termo salário como “atribuições econômicas devidas e pagas diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço”; ou seja, o salário corresponde à contraprestação devida pelo empregador em decorrência dos serviços prestados pelo empregado, do dispêndio de sua energia ou da colocação desta à disposição do empregador.

Sob o prisma do instituto da propriedade, o direito patrimonial do empregado autor de programa de computador não pode ficar limitado à remuneração ou ao salário convencionado no contrato de trabalho.

A criação corresponde a um produto derivado da prestação do serviço, que excede à retribuição representada pelo salário. Assim, a criação original, fruto do intelecto do empregado, não pode ser remunerada de maneira englobada, sob pena de se verificar um enriquecimento sem causa, injusto, do empregador. Deve-se procurar um equilíbrio entre os interesses do trabalhador e os interesses do capital posto a serviço da capacidade inventiva.

A criação original no âmbito de uma relação de emprego, a despeito do esvaziamento legal dos direitos do empregado autor, deve, ao contrário, merecer proteção tutelar própria do ordenamento jurídico, com o objetivo de equilibrar

a imbricada relação entre empregador e empregado, respeitando-se o princípio da proporcionalidade entre os interesses e contribuições particulares dos dois⁷.

A sistematização do ordenamento jurídico abre a possibilidade de que a natureza e o conteúdo do contrato de trabalho sejam entendidos como critérios para a atribuição do direito de propriedade ao empregador. De modo que, na ausência de definições contratuais precisas, o contrato de trabalho não se transmute em meio para desvirtuar os princípios que norteiam a legislação trabalhista, restringindo a autonomia sobre sua criação e a liberdade criativa do empregado. Assim, o empregador apenas poderia exercer a parcela do direito patrimonial necessária à consecução do fim que alimentou o contrato de trabalho firmado entre as partes (ASCENSÃO, 1997, p. 374), mediante contraprestação específica não abrangida pelo salário.

Todavia, independentemente da existência de um mandamento legal, a empresa nacional – em nome do espírito de curiosidade, do empenho, do interesse e da iniciativa criadora – pode suscitar e respeitar o interesse de seus autores empregados fixando, ao menos, uma contraprestação própria, diferenciada e identificável pelo empregado.

Destarte, as novas possibilidades tecnológicas proporcionam o surgimento cada vez maior de pretensões resistidas no âmbito da Justiça do Trabalho, a suscitar um questionamento da legislação existente e a demandar iniciativas empresariais de modo a superar o texto em vigor.

Nesse cenário de profundas transformações, uma solução plausível seria a implementação de uma “política de *software*” pelas empresas nacionais.

Neste trabalho, a expressão política de *software* é adotada como um conjunto de ações e programas voltados ao fomento da criação original de programas de computador, dentro da empresa, objetivando a proteção do direito patrimonial de propriedade intelectual do empregado autor juntamente com a capacitação tecnológica da empresa, a atração de investimentos produtivos e o desenvolvimento econômico nacional, impulsionando a ampliação de seus índices de inovação.

Uma orientação puramente utilitarista, a despeito da pretensa preferência ao capital e ao desenvolvimento tecnológico e econômico, proporciona, na verdade, um enfraquecimento estrutural das organizações empresariais. A proteção dos direitos dos empregados é matéria de ordem pública e princípio da ordem econômica brasileira, cujo fim é o de assegurar a todos existência

7 Nesse sentido, Nuno Carvalho (1996, p. 10): “cabe ao legislador proteger o interesse do trabalhador, nomeadamente através da reposição do menor poder de barganha que ele tem na alocação de direitos”.

digna, conforme os ditames da justiça social. Dessa maneira, considerando as disposições constitucionais já mencionadas em conjunto com o *caput* do art. 218, que prevê que “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação”, pode-se compreender que na ordem jurídica brasileira tanto o trabalho quanto o capital e o desenvolvimento científico e tecnológico não podem estar dissociados ou incompatibilizados. Esse entendimento pode ser extraído do próprio art. 218 em seu § 4º, que prevê o fomento às “empresas que invistam em pesquisa e criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho”.

Nesse sentido, a ausência de uma política de *software* na empresa implicaria perda de oportunidades e de mercado pela organização empresarial, uma vez que acarretaria o desestímulo ao desenvolvimento de programas de computador, a limitação à própria liberdade de criação de seus empregados, essenciais à garantia da dignidade humana, a desvalorização do trabalho intelectual humano e, via de consequência, da Política Nacional de Desenvolvimento.

Nessa linha de pensamento, Nuno Tomaz Pires Carvalho (1996, p. 9-10) defende uma política de incentivo a empregados inventores, que aufeririam benefícios decorrentes de suas criações intelectuais. Para o autor, esse tipo de ação influencia diretamente na competitividade da empresa, uma vez que possui uma função de fomento à invenção, considerando, inclusive, empregados que não foram contratados expressamente para pesquisa, desenvolvimento e inovação.

“(…), o Congresso, ao adequar (mediante leis ordinárias) a Propriedade Industrial aos fins constitucionalmente estabelecidos, não pode apenas buscar o desenvolvimento tecnológico e econômico, esquecendo do outro pilar que é a valorização do trabalho. Impõe-se, portanto, em matéria de inventos de empregados, o equilíbrio no tratamento do capital e do trabalho. A importância dos dois fatores não pode ser dissociada ou incompatibilizada.”

Em defesa de suas ideias, o autor argumenta que o Japão é um exemplo prático da implantação dessa política de incentivo aos empregados inventores. Para ele, sem a concessão dos incentivos aos empregados, tanto no que tange à proteção de suas invenções quanto à compensação financeira obtida, o desenvolvimento japonês não teria alcançado os altos níveis de avanço tecnológico e econômico, verificados nas últimas décadas.

Dessa maneira, adota-se o entendimento segundo o qual há uma correlação entre inovação tecnológica e emprego, e também entre inovação tecnológica, organizacional e níveis de vida dos trabalhadores (CASTELLS; CARDOSO, 2014).

A viabilidade dessa política depende da aceitação, pela instituição empresarial, de parâmetros que perpassem pelos direitos fundamentais, pelos direitos humanos, pela responsabilidade social da empresa e pelos princípios de ética e justiça.

A política de *software* proposta não deve estar voltada apenas para uma noção patrimonialista, mas ao contrário, deve deslocar-se em direção a um eixo ético de compromisso social (BARROSO, 2016). O presente trabalho entende que a promoção desse tipo de política é apta a agregar valor aos processos e produtos desenvolvidos e comercializados pela empresa, e, ainda, e fundamentalmente, a promover ações voltadas ao bem-estar social e ao desenvolvimento da comunidade na qual está inserida.

Isso posto, propõe-se uma política de *software*, na instituição empresarial, pautada no sistema aberto de normas que é o princípio da proporcionalidade, em que prevaleça o princípio fundamental da vedação ao enriquecimento sem causa e que prime pelas normas e princípios constitucionais.

Como ponto de partida, reconhece-se a inconstitucionalidade do art. 4º da Lei nº 9.609/98 e que ele encontra-se apartado da nova perspectiva tecnológica e dos princípios constitucionais. Em prosseguimento, em harmonização aos direitos constitucionais postos, sob certas circunstâncias, reconhece-se que não há direitos fundamentais absolutos. A partir da identificação dos princípios jurídicos fundamentais para cada caso concreto, competirá às partes, empregador e empregado autor, ponderar os diversos princípios jurídicos relevantes, segundo fatos e valores incidentes no caso. Não há tarefa fácil. Contudo, o consenso revela-se como sendo a melhor escolha possível, dentre os meios viáveis, para atingimento dos fins propostos.

Assim, adotam-se as considerações de Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 185), que considera a proporcionalidade “um guia à atividade interpretativa”, uma vez que o considera aplicável em qualquer interpretação.

O presente trabalho entende que a promoção desse tipo de política sustentável é apta a agregar valor aos processos e produtos desenvolvidos e comercializados pela empresa, e, ainda, e fundamentalmente, a promover ações voltadas ao bem-estar social, ao desenvolvimento econômico, à proteção do meio ambiente e ao desenvolvimento da comunidade na qual está inserida. A

solidariedade consubstancia a funcionalização do direito de terceira dimensão no âmbito empresarial, como meio de promover o fortalecimento da instituição empresarial em consonância com as três dimensões de valores (econômica, social e ambiental).

5 – Conclusão

O incremento da propriedade intelectual no mundo alterou a velocidade das transformações sociais, demonstrando toda a sua importância no desenvolvimento das nações e das sociedades.

Nesse sentido, a importância do tema proposto apto a auxiliar os organismos sociais à promoção de profundas e importantes alterações.

Delineou-se um conceito de propriedade intelectual, concluindo que o tema excede os limites traçados pelo art. 1.228 do Código Civil. O instituto da propriedade intelectual compreende a titularidade dos bens intelectuais – direitos autorais, propriedade industrial e proteção *sui generis*; a exclusividade de uso de certos bens imateriais; o direito de clientela e a concorrência desleal.

São ramos da propriedade intelectual: os direitos autorais, a propriedade industrial e a proteção *sui generis*. São áreas dos direitos autorais: os direitos de autor, os direitos conexos e a proteção dos programas de computador. Autor é aquele que cria, que idealiza, que elabora uma obra intelectual, imprimindo sua própria individualidade no produto da criação de seu intelecto. Sendo a obra expressão da criação do espírito, nos termos do art. 7º da Lei nº 9.610/98, ela está intimamente relacionada à pessoa física que a materializou.

Ao criador intelectual da obra pertencem direitos morais e patrimoniais.

A análise do art. 4º da Lei nº 9.609/98, em conjunto com o inciso XXVII, do art. 5º da Constituição Federal, permitiu concluir que esse artigo legal é inconstitucional e, assim, vulnera o direito patrimonial do autor criador de programa de computador, proporcionando uma insegurança jurídica nas relações entre empregador e empregado autor.

A norma do art. 4º da Lei de *software* não retirou apenas a exclusividade do direito patrimonial do empregado autor, mas foi além, em absoluta afronta ao dispositivo constitucional, alterou a própria titularidade dos direitos relativos aos programas de computador.

Sob o prisma do instituto constitucional da propriedade, o direito patrimonial de propriedade intelectual do empregado autor de *software* não pode

ficar limitado à remuneração ou ao salário convencionado, mas deve ser objeto de contraprestação própria, diferenciada e identificável pelo empregado.

A criação original no âmbito de uma relação de emprego, a despeito do esvaziamento legal dos direitos do empregado autor, deve merecer proteção tutelar própria do ordenamento jurídico, com o objetivo de reequilibrar a imbricada relação entre empregador e empregado, na medida em que a criação compreende um esforço intelectual diferenciado, capaz de agregar valor à empresa e exceder a relação contratual inicialmente firmada.

Em um cenário de profundas transformações, uma solução possível é a adoção pela empresa nacional de uma política de *software*, objetivando a proteção do direito patrimonial de propriedade intelectual do empregado autor juntamente com a capacitação tecnológica da empresa, a atração de investimentos produtivos e o desenvolvimento econômico nacional, impulsionando a ampliação de seus índices de inovação.

Este trabalho permite concluir que há uma correlação entre inovação tecnológica e emprego, e também entre inovação tecnológica, organizacional e níveis de vida dos trabalhadores, revelando a importância da implantação de uma política de *software* na empresa nacional.

6 – Referências bibliográficas

- ASCENSÃO, José Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. São Paulo: IBDC, 1999.
- BECK, Ulrich. *O que é globalização?: equívocos do globalismo. Respostas à globalização*. São Paulo: Paz & Terra, 1999.
- CARVALHO, Nuno T. P. Os inventos de empregados na nova Lei de Patentes – I. *Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual*, São Paulo, v. 22, maio/jun. 1996.
- COSTA NETTO, José Carlos da. *Direito autoral no Brasil*. São Paulo: FTD, 1998.
- DIMOULIS, Dimitri. Dogmática dos direitos fundamentais: conceitos básicos. *Caderno de Comunicações*, Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, ano 5, n. 2, jan. 2001.
- DRUCKER, Peter Ferdinand. *Sociedade pós-capitalista*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.
- FIGUEIRA, A. L. Barbosa. *Sobre a propriedade do trabalho intelectual: uma perspectiva crítica*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1999.

DOUTRINA

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson Guimarães. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

JESSEN, Henry. *Direitos intelectuais*. Rio de Janeiro: Itaipu, 1967.

MCTI – Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. *Estratégia Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação 2012-2015: balanço das atividades estruturantes*. Apresentação. p. 9. Disponível em: <https://livroaberto.ibict.br/218981.pdf>. Acesso em: 7 maio 2014.

MELO, Renato Dolabella. *Patentes e desenhos industriais: instrumentos legais para coibir os abusos*. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MINHARRO, Francisco Luciano. *A propriedade intelectual no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2001.

POSNER, Richard A. *Law and literature*. Cambridge: Mass, 2009.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. I.

SANSEVERINO, Rita. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1976.

SILVEIRA, Newton. *Estudos e pareceres de propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA, Ana Cristina França. Avaliação de propriedade intelectual e ativos intangíveis. *Revista da ABPI*, n. 39, 1999.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

WCT. *Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor*. Genebra: WIPO, 1996.

WHATSAPP. *Site*. Disponível em: <http://blog.whatsapp.com/499/Facebook>. Acesso em: 7 jul. 2014.

WIPO (2008). *Intellectual property handbook*. 2. ed. Genebra: WIPO, 2008.

WIPO (2014b). Disponível em: <http://www.onu.org.br/onu-no-brasil/ompi/>. Acesso em: 14 mai. 2014b.

WIPO (2014c). *International IP protection of software*. Disponível em: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/wipo_ip_cm_07/wipo_ip_cm_07_www_82573.pdf. Acesso em: 8 jul. 2014.

Recebido em: 18/09/2020

Aprovado em: 03/11/2020

A RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL NOS CASOS DE ACIDENTE DO TRABALHO: UMA ANÁLISE A PARTIR DO ROMPIMENTO DA BARRAGEM DE BRUMADINHO EM MINAS GERAIS

CORPORATE RESPONSIBILITY IN CASE OF ACCIDENT AT WORK: AN ANALYSIS FROM THE BREAKAGE OF BRUMADINHO'S DAM IN MINAS GERAIS

Aline Carneiro Magalhães*

Raquel Andrade e Silva**

Roberta Freitas Guerra***

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar a responsabilidade do empregador pelo acidente de trabalho decorrente do rompimento da barragem da mineradora Vale, na cidade de Brumadinho/MG, em 25 de janeiro de 2019, bem como os danos passíveis de indenização, seus valores e destinatários. Para tanto, através do método dedutivo de abordagem e por meio de pesquisa bibliográfica, analisamos o instituto da responsabilidade civil, do acidente de trabalho e as especificidades do caso concreto para apresentar os fundamentos jurídicos do dever patronal de ressarcir os prejuízos decorrentes desse infortúnio laboral.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil. Acidente de Trabalho. Barragem de Brumadinho/MG. Teoria do Risco da Atividade Econômica.

ABSTRACT: This article aims to analyze the employer's responsibility for the work accident resulting from the rupture of the dam of the mining company Vale, in the city of Brumadinho/MG on January 25th, 2019, as well as the damages liable to indemnity, their values, and recipients. For that, through the deductive approach method and bibliographic research, we analyzed the institute of civil responsibility, of the work accident and the case's specifics to present the legal bases of the employer's duty to compensate for the losses resulting from this labor misfortune.

KEYWORDS: Civil Responsibility. Work Accident. Brumadinho's Dam. Theory of the Risk of Economic Activity.

* Doutora e mestra em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas); professora de Direito da UNIFAGOC de Ubá/MG; palestrante e articulista; advogada.

** Doutoranda e mestra em Administração Pública pela Universidade Federal de Viçosa (UFV); pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Previdência – GPPrev; professora substituta do Departamento de Direito da UFV; professora de Direito da UNIFAGOC de Ubá/MG.

*** Investigadora em estágio pós-doutoral junto ao Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, Portugal; doutora e mestra em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas); líder e pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Direito, Política, Economia e Sociedade – GPDIPES; professora adjunta do Departamento de Direito da UFV.

1 – Introdução

A vida em sociedade suscita a criação de normas para regular as relações visando a sua harmonia. Dentre as várias regras jurídicas existentes, citamos aquela sobre a responsabilidade civil, uma regra de extrema relevância, pois determina o pagamento de uma indenização para recompor os prejuízos decorrentes de um dano.

Esse relevo pode ser demonstrado pelas mudanças que o instituto sofreu ao longo dos tempos, sendo profundamente estudado e alargado seu campo de incidência, visando abarcar mais e novas situações danosas. Nesse aspecto, vale salientar que a contemporaneidade, com seus incrementos e alterações em diversas searas – tecnologia, consumo, trabalho, transporte –, acabou propiciando o aumento de eventos causadores de prejuízos a bens juridicamente relevantes que, como tal, deveriam ser ressarcidos à vítima.

Estando presentes uma ação ou omissão culposa, nexos de causalidade e dano, há a responsabilidade subjetiva do agente traduzida no dever de indenizar, sendo importante ressaltar que o elemento culpa não é necessário nos casos de atividade de risco, onde incide a responsabilidade objetiva.

Dentre as diversas situações nas quais a teoria da responsabilidade civil se aplica, seja em sua modalidade subjetiva, seja na objetiva, chamamos a atenção, neste artigo, para a seara juslaboral, especificamente no que tange à responsabilidade do empregador pela ocorrência de um acidente de trabalho.

A questão é de suma importância considerando ser direito fundamental do empregado a proteção e a promoção da sua saúde e segurança em um meio ambiente de trabalho seguro, equilibrado, hígido e não degradante. Ainda mais considerando as deletérias repercussões decorrentes de um infortúnio laboral, que, bem sabemos, costumam ir além dos temas trabalhistas, tocando, dentre outras, questões sociais, previdenciárias e econômicas.

O ordenamento jurídico traz um rol amplo de normas relacionadas à saúde e à segurança do trabalhador, carecendo estas de observância pelos seus destinatários – sobretudo, o empregador – para que realmente sejam efetivas. A realidade, entretanto, nos mostra um expressivo descumprimento patronal dessas normas, o que leva à ocorrência de graves acidentes, a exemplo do rompimento da barragem de rejeitos da Mina Córrego do Feijão, controlada pela mineradora Vale, na cidade mineira de Brumadinho/MG, em 25 de janeiro de 2019, este que foi considerado um dos maiores, se não o maior, acidente do trabalho do país.

O fato nos impele a analisar a responsabilidade civil do empregador, em especial, se resta aplicável a teoria baseada na culpa do empregador ou

no risco da atividade econômica, quais as espécies de danos passíveis de recomposição e quais os destinatários e valores das indenizações. Para tanto, no primeiro tópico discorreremos sobre a história, o conceito, o fundamento legal e os requisitos caracterizadores da responsabilidade civil. No tópico seguinte, falaremos do acidente do trabalho na perspectiva conceitual e normativa. Em seguida, adentraremos especificamente no tema, analisando a responsabilidade patronal pelo acidente de trabalho decorrente do rompimento da barragem de Brumadinho/MG.

2 – Fundamentos da responsabilidade civil no Brasil

A ideia de reparação do dano é bastante antiga, remontando às origens da regulação da vida e da sociedade por meio das normas jurídicas. Ao longo dos tempos e da história do direito civil, sua teorização foi se estruturando, até chegar à responsabilidade civil como a conhecemos hoje, fundamentada no dever do agente de indenizar o dano causado, recompondo, assim, o patrimônio da vítima diante de um prejuízo que lhe fora injustamente impingido.

Esse conceito, no entanto, “necessita de uma justificativa moral. Principalmente em virtude dos desafios científicos e técnicos da contemporaneidade, [exigindo-se] um horizonte hermenêutico mais amplo para o conceito de responsabilidade” (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETO, 2015, p. 7):

“(…) deslocando-se o objeto da responsabilidade para o cuidado com outrem, vulnerável e frágil, será possível responsabilizar alguém como sujeito capaz de se designar por seus próprios atos – portanto, agente moral apto a aceitar regras –, como substituir a ideia de reparação pela de *precaução*, na qual o sujeito será responsabilizado pelo apelo à virtude da *prudência*. Ao invés da culpa e da coerção, a responsabilidade encontra novo fundamento moral na *circunspeção* – e, por que não, no *cuidado* –, reformulando, portanto, a sua velha acepção, levando-a para longe do singelo conceito inicial de obrigação de reparar ou de sofrer a pena. A responsabilidade mantém a sua vocação retrospectiva – em razão da qual somos responsáveis pelo que fizemos –, acrescida de uma orientação prospectiva, imputando-nos a escolha moral pela virtude, sob pena de nos responsabilizarmos para o futuro.”

Tecidas essas sucintas considerações iniciais, passamos a analisar o instituto da responsabilidade civil, tal como regulamentado no Brasil.

2.1 – Aspectos históricos, conceituais e normativos

Da vingança privada como forma de responder a um comportamento lesivo, amparada pela Lei de Talião do “olho por olho, dente por dente”, ao Direito romano, em que “pouco a pouco ocorreu um abrandamento do caráter aflitivo ínsito à reação ao ilícito” (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2015, p. 28), passamos pela separação entre punição penal e punição civil e evoluímos para a obrigação de reparação pecuniária pelo ofensor à vítima, objeto da responsabilidade civil.

A *Lex Aquilia* romana elaborada no final do século III a.C. é o fundamento normativo remoto da responsabilidade civil. Tão grande foi a sua importância que, até a presente data, é usada a expressão responsabilidade civil aquiliana para referir-se à responsabilidade extracontratual ou subjetiva, em que deve haver a presença do elemento culpa do agente como um dos pressupostos do dever de indenizar.

Dando um salto no tempo e no espaço, temos o Código Francês Napoleônico do início do século XIX, que trouxe alguns princípios da reparação civil e reafirmou outros, como a distinção entre responsabilidade civil e penal, contratual e extracontratual e o elemento culpa, imprescindível ao dever de indenizar, inspirando o nosso Código Civil de 1916 (FIGUEIREDO; FIGUEIREDO, 2014) e o atual de 2002.

No que tange à responsabilidade civil, as modalidades contratual e extracontratual diferenciam-se pela existência ou não de um negócio jurídico prévio ligando as partes. Na responsabilidade contratual, tendo em vista o princípio da autonomia da vontade, as pessoas podem se vincular umas às outras por meio de um contrato, o qual prevê direitos e obrigações, nascendo o dever de indenizar o prejuízo decorrente da mora ou do inadimplemento do que foi acordado. Já na responsabilidade extracontratual, não há qualquer vínculo jurídico entre as partes, as quais se interligam no exato momento da prática de um ato ilícito ou do abuso de um direito que, se implicar um dano, faz nascer para o agente o dever de ressarcir.

Por ilícito, entende-se o ato “praticado com infração a um dever e do qual resulta dano para outrem. Dever legal ou contratual” (RODRIGUES, 2003, p. 308). Quando o cometimento desse ato ilícito gera dano à vítima, faz nascer o dever de indenizar. O abuso de direito, por sua vez, tem a ver com o modo de exercício de um direito que, pelo excesso na prática, o afasta da sua função social. Diz respeito a um ato originalmente lícito, ou seja, o exercício regular de um direito, mas que, pelo modo como é efetuado, definindo a lei

esses parâmetros, acaba se tornando abusivo e, conseqüentemente, reclamando o dever de indenizar se houver dano.

Já quanto à culpa, esse elemento remonta às construções iniciais sobre a responsabilidade civil, sendo imprescindível pesquisar se a ação ou a omissão do agente foi pautada por esse elemento¹, demonstrando o caráter subjetivo da teoria, focada na conduta do autor. A culpa é compreendida no sentido lato, desdobrando-se em dolo (quando há intenção) e em culpa propriamente dita (quando não há intenção), podendo esta última ser decorrente de negligência (omissão com falta de cuidado), imprudência (ação com falta de cuidado) e/ou imperícia (ação com falta de conhecimento técnico).

Com o passar do tempo, no entanto, a responsabilização culposa acabou não conseguindo abarcar todas as situações em que havia a ocorrência de um dano. Os avanços experimentados pela sociedade ao longo dos anos, nas mais diversas searas – tecnologia, transporte, consumo, trabalho – acabaram implicando o aumento dos eventos danosos e o desamparo da vítima, que restava indene por não conseguir comprovar a culpa do agente.

Nesse contexto, paulatinamente, ganhou relevo a responsabilidade objetiva, que desloca o enfoque da conduta do autor para o ressarcimento da vítima. A mudança de paradigma tem íntima relação com a valorização do ser humano insculpida no princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse ensejo, várias teorias² surgiram para explicar os seus limites, sempre pautadas na ideia de risco da atividade e dano, independente da existência de culpa, priorizando, em todos os casos, o amparo do lesado por meio do ressarcimento.

1 Vale salientar que “a culpa frequentemente será dispensada nas hipóteses em que constatado um abuso do direito, [bastando] à imputação do dano que o agente tenha exercitado um direito – subjetivo ou potestativo – de forma excessiva, frustrando a boa-fé objetiva, os bons costumes ou a função econômico-social para a qual aquela situação jurídica lhe fora concedida. (...) As Jornadas de Direito Civil, promovidas pelo Conselho da Justiça Federal, aprovaram o Enunciado nº 37: ‘A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico’. Trata-se, pois, de aplicação da teoria da ilicitude, também, aos atos abusivos, isto é, ao exercício irregular, excessivo, de situações jurídicas, independentemente da culpabilidade do seu titular” (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2015, p. 187-188).

2 De acordo com Dallegrave Neto (2007, p. 92), a doutrina apresenta as seguintes espécies de risco em matéria de responsabilidade civil: (i) risco integral: esta teoria parte da premissa de que o agente deve suportar integralmente os riscos, devendo indenizar o prejuízo independente de culpa; (ii) risco proveito: todo aquele que tira vantagem ou proveito do fato causador se obriga a repará-lo; (iii) risco criado: a obrigação de indenizar está atrelada ao risco criado por atividades lícitas, contudo, perigosas (adotada pelo parágrafo único do art. 927 do CC/02); (iv) risco profissional: é teoria mais ampla que o risco criado, pois enquanto esta se limita às atividades perigosas, a do risco profissional se estende a todo empregador; (v) risco da atividade econômica: aplicada nas responsabilidades civis do contrato de trabalho, enquanto que o risco profissional limita-se à reparação acidentária. No item 3.2 do presente ensaio, algumas das principais teorias do risco serão mais bem explicitadas.

Vale salientar que a responsabilidade civil tem sido considerada um instituto jurídico dinâmico, que ganha novos contornos e busca abranger novas situações de acordo com as mudanças sociais que demandam uma reformulação para abarcar situações antes desprotegidas.

“Além da responsabilidade objetiva, o século passado assistiu ainda à conquista da reparação do dano moral, que os primeiros intérpretes rejeitavam, e que só a custo triunfou a poder da elaboração da Constituição de 5 de outubro de 1988. O desenvolvimento da teoria da responsabilidade civil consolidou a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado, a do abuso de direito, a responsabilidade pelo dano ecológico, pelo dano atômico, pelo risco bancário; acompanhou de perto o progresso técnico para alcançar a informática e a responsabilidade consequente, culminando com a entrada em vigor do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). Enfim, cresceu enormemente.” (PEREIRA; TEPEDINO, 2018)

A obrigação de ressarcir cumpre as funções punitiva e ressarcitória, aquela em relação ao ofensor e esta em relação à vítima. Sua caracterização demanda a comprovação da ação ou omissão, nexo de causalidade e dano³, requisitos comuns a ambas espécies de responsabilidade civil, subjetiva e objetiva, os quais passamos a analisar.

2.2 – Elementos de caracterização – ação ou omissão, nexo de causalidade e dano

Para se poder aventar sobre a responsabilidade civil, é necessária, primeiramente, uma ação ou uma omissão do agente. Tanto um fazer quanto um deixar de fazer podem gerar dano a outrem. O dano, por sua vez, é requisito imprescindível ao dever de indenizar e sua extensão, nos termos do art. 944 do CC⁴, é usada como medida para a fixação do valor da indenização.

3 Tais requisitos estão dispostos no Código Civil, *in verbis*:

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” (BRASIL, 2002)

4 “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.” (BRASIL, 2002)

DOCTRINA

Conforme dito anteriormente, a responsabilidade civil tem ganhado novos contornos ao longo do tempo, alargando-se, nesse sentido, o conceito de dano para abarcar novas espécies. Do clássico dano material, passamos pelo dano moral e estético e chegamos aos danos pela perda de uma chance, existencial, indireto e coletivo.

O dano material representa a redução do patrimônio e se subdivide em danos emergentes (aquilo que a pessoa efetivamente perdeu) e lucros cessantes (aquilo que ela deixou de ganhar). Já o dano moral tem estreita relação com os direitos da personalidade – vida, integridade, honra, imagem, privacidade, dentre outros – cuja ofensa pode gerar dor, vergonha, sofrimento e angústia. O dano estético, por sua vez, caracteriza-se pela ofensa à integridade física da vítima, configurando aleijão, repugnância, marcas ou defeitos físicos que gerem na vítima um senso de inferioridade. As três espécies de dano são independentes e podem decorrer do mesmo fato, ensejando indenizações autônomas por cada um deles. Essa compreensão é relativamente recente, fruto dos avanços da teoria da responsabilidade civil para abarcar, como já salientado, o maior número de situações e prejuízos.

A fixação do valor da indenização do dano extrapatrimonial, moral e estético sempre encontrou parâmetros doutrinários e jurisprudenciais que norteiam os magistrados na definição, em cada caso concreto, do *quantum* indenizatório:

“Diante da dificuldade de se fixar o *quantum* de compensação, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que o método mais adequado para um arbitramento razoável deve considerar dois elementos principais: os precedentes em relação ao mesmo tema e as características do caso concreto. Ou seja, para se alcançar o valor adequado para cada caso, adota-se um método bifásico, no qual se apresentam duas etapas bem delineadas. Na primeira fase, arbitra-se um valor básico, ‘em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria’. Para tanto, o julgador deve analisar a jurisprudência sobre o evento danoso e identificar quais são os valores usualmente arbitrados para o mesmo grupo de casos. Já na segunda fase, alcança-se o *quantum* definitivo, ajustando-se o valor básico verificado na primeira fase às peculiaridades do caso concreto. Para aferição das peculiaridades do caso concreto, é indispensável que sejam sopesadas a gravidade do fato em si, a responsabilidade do agente, a culpa concorrente da vítima e a condição econômica do ofensor. (...) a adoção desse critério traz, além de segurança jurídica, um norte de estabilização para o arbitramento dos danos morais, evitando-se, ainda, que a fixação do *quantum* não guarde proporcionalidade em

relação às diversas hipóteses de dano moral analisadas pelo Judiciário. Garante-se, assim, igualdade e coerência nos julgamentos realizados pelo juiz ou tribunal.” (COSTA, 2019)⁵

De maneira diversa, os danos pela perda de uma chance (em que a conduta do ofensor retira uma oportunidade séria e real de chance futura da vítima) e existencial (prejuízo consiste na alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal ou às suas relações cotidianas) ainda são espécies em construção, que não afirmaram sua autonomia apesar da teorização a seu respeito. A sua identificação tem justificado a majoração do valor da indenização por dano moral, considerando que, como dito, ainda não se tornaram espécie autônoma.

A doutrina juscivilista ainda faz menção ao dano indireto ou em ricochete (que é experimentado por pessoa próxima à vítima direta e já encontra amparo na jurisprudência pátria) e aos danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos, a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas (FIGUEIREDO; FIGUEIREDO, 2014).

A ação ou a omissão e o dano devem estar ligados por uma relação de causa e efeito, emergindo, assim, o último requisito: o nexa de causalidade. Um liame imprescindível, na medida em que o resultado prejudicial deve decorrer de uma conduta ou de uma inércia do agente, sendo consideradas excludentes do nexa causal a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito e a força maior.

O nexa de causalidade pode ser reforçado por outras causas que contribuem para o agravamento do resultado danoso, com o qual não concorreu o agente, agindo como atenuante do valor da indenização. Tais causas, nominadas como concausas, podem ser preexistentes, concomitantes ou supervenientes. A concausa preexistente é aquela anterior ao evento danoso que, aliada a ele, agrava o resultado; a superveniente acontece ao mesmo tempo que o evento danoso, também acentuando o prejuízo; e, por fim, a concausa superveniente ocorre após o evento principal majorando o dano.

5 Na seara juslaboral, o tema foi objeto de normatização pela Lei nº 13.467/2017, que inseriu os arts. 223-A a 223-G na CLT, fixando os limites indenizatórios vinculados ao salário do trabalhador ofendido e tarifando o valor da indenização do dano extrapatrimonial. A questão, entretanto, suscitou muitas discussões, inclusive levando ao ajuizamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.050 pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (Anamatra), segundo a qual a limitação contraria o princípio da isonomia. “A indenização decorrente de um mesmo dano moral (tetraplegia de um servente ou de um diretor de empresa, por exemplo) terá valor diferente em razão do salário de cada ofendido”, argumentando, ainda que, “Na parte que toca ao dano moral decorrente de acidente de trabalho, os trabalhadores haveriam de ser considerados como iguais, de sorte a merecer tratamento isonômico para a fixação da indenização” (BRASIL, 2019a).

Esses elementos, como já salientado, são essenciais para a caracterização da responsabilidade civil. Feitas essas considerações sobre o tema, passemos a analisar o acidente do trabalho para, no item subseqüente, tecermos as ponderações sobre a responsabilidade do empregador frente ao acidente do trabalho pelo rompimento da barragem na cidade de Brumadinho/MG.

3 – Acidente de trabalho e atividade de risco

3.1 – Caracterização do acidente de trabalho e repercussões jurídicas

O acidente do trabalho é o fato jurídico que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de qualquer empresa, provocando no empregado lesão corporal ou causando a sua morte; além de ocasionar perda da sua capacidade laborativa por prazo determinado ou indeterminado (OSWALDO, 2000).

Atualmente, o Brasil possui uma vasta legislação sobre o fenômeno jurídico do acidente do trabalho. Somos signatários de 19 Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho (OIT), dentre elas, a Convenção nº 124, que dispõe sobre o trabalho em minas e subsolo. Já foram promulgadas sete leis ordinárias, complementares, decretos-leis e portarias sobre o acidente do trabalho; 40 normas regulamentadoras (NR) do atual Ministério da Economia – antigo Ministério do Trabalho –, dentre elas, a NR 22, sobre segurança e saúde ocupacional na mineração.

Contudo, nem sempre o legislador esteve disposto a amparar o trabalhador acidentado. As primeiras normas que trataram sobre o infortúnio do acidente de trabalho são oriundas do contexto de mobilização social e greves gerais no Brasil e no mundo. Especialmente após a Revolução Industrial, que, por meio da mecanização da produção, propiciou eventos acidentários em grande escala, pela falta de equipamentos de proteção individual, pelas jornadas de trabalho exaustivas e pela falta de higiene e condições saudáveis de trabalho em diversas fábricas, dentre outros fatores (SALIM, 2005).

Em solo brasileiro, a greve geral de 1917 foi desencadeada após sucessivos casos de trabalhadores de diferentes setores (manufatureiro, ferroviário, marítimo) que se acidentaram e não possuíam naquele momento qualquer tipo de proteção social. O ônus do acidente recaía única e exclusivamente sobre a parte mais fraca dessa relação: o empregado (ZANIRATTO, 2003; SALIM, 2005).

Foi devido à pressão social que ocorreu a elaboração, em 1919, da primeira norma sobre acidente de trabalho no Brasil. De acordo com Oliveira (2017), o Decreto Legislativo nº 3.724 tratava o tema do acidente no ambiente de trabalho como causa súbita que desencadeava a morte do trabalhador, além

das moléstias que poderiam ser contraídas no ambiente de trabalho, ocasionando uma doença incapacitante ou a própria morte. Já o Decreto nº 24.637, de 1934, passou a prever que o acidente do trabalho poderia desencadear a incapacidade laborativa e a morte, restringindo a força de trabalho do empregado, caso este sobrevivesse ao infortúnio. Além dessa previsão legal, a norma disciplinou uma indenização acidentária a cargo do empregador que excluiria qualquer outro tipo de responsabilização a título indenizatório.

Após a revogação do referido decreto, o Decreto-Lei nº 7.036, de 1944, inovou no mundo jurídico, passando-se a aceitar as concausas em um contexto em que as legislações anteriores somente admitiam o acidente do trabalho originado como causa única. Essa ampliação do reconhecimento do fato jurídico permitiu que os médicos indicassem fatores anteriores e concomitantes ao próprio acidente, podendo essa análise conjunta contribuir para detectar uma possibilidade maior de o acidente ocorrer e simplesmente tomar medidas preventivas para que ele não acontecesse.

Hoje, o conceito legal de acidente de trabalho, conforme a Lei nº 8.213, de 1991, perpassa as seguintes características: evento danoso decorrente do exercício do trabalho a serviço da empresa, que provoque lesão corporal/perturbação funcional ou que cause a morte ou a perda da capacidade para o trabalho. Para compreender de forma ampla e completa o acidente de trabalho, os doutrinadores, com o apoio da legislação, explicam três denominações/situações: doença profissional, doença do trabalho e doença ocupacional (BRASIL, 1991).

De acordo com Menezes e Paulino (2000), as doenças profissionais também chamadas de doenças típicas, tecnopatias ou ergopatias, são peculiares a determinada atividade ou profissão. São aquelas assim entendidas, produzidas ou desencadeadas pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade. É o caso, por exemplo, do empregado de uma mineradora que trabalha exposto ao pó de sílica e que contrai uma doença chamada silicose.

Para Freudenthal (2007), a doença do trabalho, também chamada de doença profissional atípica ou mesopatias, possui como origem a atividade desempenhada pelo trabalhador, mas não está vinculada necessariamente à profissão. Apesar de a atividade não apresentar um risco iminente ou propício para gerar determinada doença, a doença do trabalho é desencadeada por outros fatores aplicados ao contexto do trabalho. É o caso, por exemplo, das Lesões por Esforço Repetitivo (LER) e Doenças Osteoarticulares Relacionadas ao Trabalho (DORT), que podem ser desencadeadas ou adquiridas em qualquer atividade laborativa, sem vinculação direta à determinada profissão.

Já a denominação doenças ocupacionais, consoante Oliveira (2017), passou a ser adotada como o gênero mais próximo, que abrange as modalidades

DOCTRINA

das doenças relacionadas ao trabalho. Trata-se de uma nomenclatura técnica usada pelos principais textos legais com orientação médica. Essa terminologia foi utilizada pela primeira vez na Portaria nº 3.214, de 1978, que regulamentou o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional, precisamente por meio de sua NR 7, em vigor até os dias atuais.

Diante das hipóteses legais de acidente de trabalho, os dados estatísticos no Brasil são contabilizados pela atual secretaria da Previdência Social, inserida no Ministério da Economia, em colaboração com a Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência (Dataprev). Esta última é responsável pela gestão da Base de Dados Sociais Brasileira, especialmente a do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Consoante o banco de dados nacional alimentado pelo Dataprev e o internacional gerido pela Organização Internacional do Trabalho, o Brasil ocupa o quarto lugar no *ranking* dos acidentes fatais do trabalho. Em média, a cada 48 segundos, um trabalhador se acidenta no ambiente de trabalho no Brasil. Levando em conta os dados de 2018, do total de 576.951 acidentes ocorridos, grande parte é oriundo de acidentes de serviços (76.256 casos) e indústria (46.673 casos), tendo as vítimas idade entre 25 e 34 anos (BRASIL, 2018).

Apesar disso, para os casos em que os acidentes já aconteceram e outros que inevitavelmente acontecerão, algumas consequências ou repercussões jurídicas poderão surgir. No âmbito trabalhista, as principais delas são: indenização acidentária por danos morais e/ou materiais; no caso de morte do trabalhador, a indenização por danos em ricochete e, ao trabalhador que sobreviveu ao acidente, a estabilidade provisória no emprego.

A indenização acidentária será abordada no item 3.3 deste trabalho. Já a estabilidade provisória acidentária, prevista no art. 118 da Lei nº 8.213, de 1991, é destinada ao trabalhador que sofreu acidente do trabalho e possui, pelo prazo de 12 meses, garantida a manutenção de seu contrato de trabalho na empresa, após o seu retorno em virtude do recebimento de algum benefício previdenciário (BRASIL, 1991). Assim, ele não poderá ser dispensado por vontade unilateral do empregador, salvo por justa causa ou força maior por ele cometida.

Além da repercussão jurídica trabalhista, existe ainda a repercussão jurídica previdenciária: o trabalhador acidentado vinculado ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS) poderá pleitear diferentes benefícios previdenciários, gozando dessa proteção previdenciária conforme o grau da lesão gerada e o lapso temporal da enfermidade. De acordo com Lei nº 8.213, de 1991, ele poderá pleitear os benefícios de auxílio-acidente, auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e pensão por morte (BRASIL, 1991).

O benefício do auxílio-acidente, previsto no art. 86 da Lei nº 8.213, de 1991, será concedido como indenização ao trabalhador acidentado em virtude de sequelas que reduzam a sua capacidade laborativa, perfazendo o valor de 50% da aposentadoria por invalidez a que teria direito. O auxílio-doença, previsto nos arts. 59 e 61 da mesma Lei, será devido ao segurado/trabalhador que ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos. Na hipótese de afastamento em virtude do acidente, este auxílio consistirá numa renda mensal correspondente a 91% (noventa e um por cento) do seu salário de benefício. Caso após o acidente o trabalhador não retome a sua força laborativa ordinária, poderá pleitear a aposentadoria por invalidez, sendo esta devida ao segurado/trabalhador que estiver ou não em gozo de auxílio-doença e for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência e enquanto permanecer nesta, nos termos do art. 42-A da Lei nº 8.213. Agora, caso o acidente do trabalho leve ao óbito do trabalhador – circunstância que ocorreu com os 253 trabalhadores da Vale, em Brumadinho/MG –, será devido o pagamento da pensão por morte aos seus dependentes – viúvos(as), filho(as), irmãos(ãs) e outros familiares que comprovem a dependência econômica em relação ao falecido(a) trabalhador(a).

3.2 – Atividade de risco

Aproximadamente no final do século XIX, juristas franceses, buscando um fundamento para a responsabilidade objetiva, desenvolveram a teoria do risco, que é a base jurídica aplicada à situação em que há atividade de risco exercida pelos trabalhadores. Nessa teoria, proposta a partir de um acidente de trabalho vivenciado por um mecânico decorrente da explosão de uma caldeira, levantou-se a tese de que o patrão deveria se responsabilizar independente da culpa do fornecedor da caldeira (SALIM, 2005).

A teoria do risco, consoante Sanseverino (2014), foi pensada sob a perspectiva de diferentes correntes, como o risco profissional, risco excepcional, risco integral e risco criado. Pela teoria do risco profissional, o dever de indenizar está presente quando o fato prejudicial é decorrência da atividade ou da profissão do lesado/acidentado, como é o caso das atividades destinadas à produção de energia elétrica, exploração de minas, transporte aéreo, marítimo e terrestre, à construção e edificação de grande porte.

A maior contribuição dada pela teoria do risco é a obrigação dada por lei para que determinadas pessoas ressarcam os danos provocados por atividades desempenhadas pelo seu interesse, independente de existir culpa (responsabi-

lidade objetiva), bastando que haja o nexo de causalidade e a situação de risco criada pelo agente (SANSEVERINO, 2014).

Para o Tribunal Superior de Trabalho (TST), as atividades que apresentam maior risco à saúde do trabalhador no contexto brasileiro são as relativas às seguintes profissões: eletricista, operários da construção civil, metalúrgicos, técnico sanitário, motoboy, minerador, profissionais de frigoríficos, indústria química, frentistas e enfermeiros (BRASIL, 2020b).

A atividade da mineração – objeto em questão neste ensaio teórico – possui diretrizes gerais na Norma Regulamentar 22 do atual Ministério da Economia. Esse normativo, que se volta à busca permanente da segurança e saúde dos trabalhadores, de forma a compatibilizá-la com o planejamento e o desenvolvimento da atividade mineradora, é aplicável às seguintes áreas: minerações subterrâneas; minerações a céu aberto; garimpos, no que couber; beneficiamentos minerais e pesquisa mineral (BRASIL, 1978). Toda a diretriz legal visa criar mecanismos para diminuir a probabilidade de acidentes nos diversos locais de trabalho que explorem a mineração.

Esse esforço teórico aponta a análise de que a atividade da mineração é uma das mais perigosas para os seus empregados. Em virtude desses riscos, os diferentes empregadores assumem inúmeras responsabilidades em relação aos seus empregados, sendo a principal delas a responsabilidade acidentária.

3.3 – A responsabilidade acidentária

Dentro do campo da responsabilidade civil, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 7º, inciso XXVIII⁶, prevê que o empregador é responsável pelos danos causados aos seus empregados em virtude de acidentes de trabalho, sendo necessária a demonstração de dolo ou culpa do empregador. Por outro lado, no que tange à preservação do meio ambiente como um todo, no qual se insere o ambiente do trabalho, prevalece a responsabilidade objetiva (independente de culpa), nos termos do que dispõe o § 3º do art. 225 do mesmo texto constitucional⁷.

6 “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa; (...)” (BRASIL, 1988)

7 “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (...) § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.” (BRASIL, 1988).

DOCTRINA

Cumprido destacar que o TST reconhece que as indenizações decorrentes de acidente de trabalho devem comprovar a culpa, a existência do dano e o nexo causal, configurando, portanto, a responsabilidade subjetiva. No entanto, nas hipóteses de atividade de risco, essa Corte entende a aplicação da responsabilidade objetiva (sem análise da culpa), sendo esse o seu entendimento majoritário há alguns anos, por força da aplicação do art. 927, parágrafo único, do CC.

Diante desse impasse normativo (responsabilidade objetiva ou subjetiva), no ano de 2014, chegou a julgamento no Supremo Tribunal Federal (STF) uma ação judicial oriunda de um acidente com um trabalhador, vigilante patrimonial no transporte de valores em carro-forte, que, durante o horário de trabalho, sofreu um assalto com troca de tiros, implicando graves danos psicológicos ao obreiro. O objetivo era a análise da responsabilidade do seu empregador.

O caso foi julgado em setembro de 2019. Os ministros do STF entenderam, pela maioria de votos, que era constitucional a imputação da responsabilidade civil objetiva ao empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho em atividades de risco. Naquela oportunidade, ficou pendente a aprovação da tese de repercussão geral que só foi decidida no Recurso Extraordinário (RE) 828.040, no qual se aventou a possibilidade de aplicação da regra do art. 927, parágrafo único, do CC, prevalecendo o entendimento do relator do RE, Ministro Alexandre de Moraes, de que não há impedimento à possibilidade de que as indenizações acidentária e civil se sobreponham, desde que a atividade exercida pelo trabalhador seja considerada de risco⁸ (BRASIL, 2020a).

Por fim, desde março de 2020, tornou-se clara a possibilidade de aplicação da responsabilidade acidentária de forma objetiva (sem culpa) nos casos de acidente de trabalho, desde que a atividade seja considerada de risco, o que não impede a análise da aplicação da responsabilidade civil e trabalhista por parte do empregador, por força da repercussão geral da decisão do STF. Essa responsabilidade poderá ser aplicada no caso da tragédia de Brumadinho/MG, conforme demonstraremos no item seguinte, especialmente pelo fato de que a própria atividade da mineração já faz parte do rol legal das atividades de risco.

8 Seguiram este entendimento os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski. Os Ministros Roberto Barroso e Gilmar Mendes também seguiram o relator, mas ressaltaram a necessidade de que as atividades de risco estejam especificadas em lei. Ficaram vencidos os Ministros Marco Aurélio e Luiz Fux. Eles consideraram que, como o empregador já recolhe contribuição relativa ao seguro acidente de trabalho, com alíquotas maiores para as atividades de maior risco, a obrigação de responder pela indenização civil sem que tenha havido culpa ou dolo seria excessiva.

4 – O caso Brumadinho/MG: análise da responsabilidade trabalhista acidentária

A tragédia, que ocorreu no dia 25 de janeiro de 2019, na cidade de Brumadinho/MG, deu-se em razão do rompimento de uma barragem da mineradora Vale, lançando, em uma parte da empresa, uma avalanche de rejeitos (12 milhões de metros cúbicos). Também foram atingidos a zona rural do referido município e um longo trecho da região metropolitana de Belo Horizonte/MG. Esse infortúnio vitimizou 253 pessoas, a maioria, trabalhadores da referida empresa.

Diante de um mesmo fato jurídico (rompimento da barragem) podem ser analisadas diferentes responsabilidades que são independentes e possuem suas próprias características e requisitos. Com isso, a Vale responde por processos em diferentes áreas, como na esfera criminal, ambiental, civil e administrativa. Especificamente, sobre a responsabilidade trabalhista ou trabalhista acidentária, cumpre analisar os elementos de caracterização do dever patronal de indenizar em face do acidente de trabalho pelo rompimento da barragem, quais sejam, conduta (ação ou omissão), nexos de causalidade e dano.

A conduta compreende uma ação ou omissão do agente, um fazer ou deixar de fazer que pode gerar dano a outrem. No caso em tela, pode-se aplicar a teoria do risco, conforme entendimento do STF, sendo, por isso, dispensável a comprovação de culpa do empregador. A atividade de mineração é considerada essencialmente atividade de risco e, em virtude desse fato, possui todas as diretrizes regulamentadas pela NR 22, conforme exposto anteriormente. Assim, para fins legais trabalhistas, pouco importa se houve uma ação ou omissão culposa do agente/sociedade empresária ao conduzir a atividade de risco exercida (no caso, a de mineração), tendo a empresa Vale assumido todos os riscos do seu negócio.

Em relação ao nexo de causalidade, ou seja, da relação de causa e efeito ou do liame que liga o fato ao dano, não ocorreu, na situação da barragem da Mina do Feijão, nenhum caso fortuito, força maior ou qualquer culpa exclusiva de nenhum trabalhador, causas consideradas excludentes da responsabilidade civil. Pelo contrário, estão em andamento investigações criminais contra o ex-presidente da Vale e outras quinze pessoas corresponsáveis pela fiscalização, manutenção e gerenciamento da referida barragem, o que reforça o argumento de que o fato não se tratou de um caso fortuito (BRASIL, 2019b).

O dano, por sua vez, atinge diferentes perspectivas: o dano material, extrapatrimonial e o dano em ricochete. No caso de Brumadinho/MG, convém relatar os principais danos que já estão sendo pecuniariamente reparados pela Vale.

DOCTRINA

A mineradora firmou um acordo com o Ministério Público do Trabalho (MPT), no dia 15 de julho de 2019, em virtude da Ação Civil Pública instaurada na 5ª Vara do Trabalho de Betim/MG. O acordo fixou as bases da indenização trabalhista/acidentária trabalhista⁹. Segundo estipulado, a Vale pagará aos substituídos que aderirem ao acordo, familiares de empregados próprios e terceirizados falecidos ou desaparecidos as seguintes parcelas a título de danos morais, danos materiais e seguro adicional acidental:

“Indenização por danos morais, no importe de:

a) R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) para cônjuge ou companheiro (a), pai, mãe e filhos, incluindo menor sob guarda, individualmente;

b) R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para irmãos, individualmente;

2) Seguro adicional por acidente de trabalho, no importe de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), a serem pagos a cônjuge ou companheiro (a), pai, mãe e filhos, incluindo menor sob guarda, individualmente.

3) Indenização por danos materiais aos dependentes econômicos, assim considerados:

a) cônjuge ou companheiro(a), filhos, incluindo o menor sob guarda, em partes iguais;

a.1) em caso de existência de cônjuge ou companheiro, o valor será dividido igualmente entre as partes, até que os filhos e dependentes completem 25 anos para efeito do cálculo da quota, e após, ao cônjuge ou companheiro(a) exclusivamente, ou por convenção das partes, desde que respeitada a cota mínima para os menores até que atinjam 25 anos;

a.2) em caso de inexistência de cônjuge ou companheiro o valor total da indenização será pago integralmente dividido entre os filhos;

b) na falta daqueles mencionados no item ‘a’, será pago aos pais, em partes iguais;

c) na falta daqueles descritos nos itens ‘a’ e ‘b’, será pago aos irmãos, em partes iguais.” (BRASIL, 2019b)

9 Além dos Procuradores do Trabalho e dos Defensores Públicos da União, participaram do acordo os seguintes Sindicatos representantes dos empregados: o da Indústria e Extração de Ferro e Metais Preciosos de Brumadinho; da Indústria da Construção Pesada de MG; de Empresas de Refeições Coletivas; de Locação em Geral do Estado de MG; de Empresas de Produção, Locação, Organização e Projetos de Eventos de MG e da Empresa de Asseio, Conservação e Limpeza Urbana da Região Metropolitana de Belo Horizonte.

DOCTRINA

Além desses valores, a referida empresa pagará aos dependentes de uma categoria específica (terceirizados) e aos demais trabalhadores as seguintes verbas indenizatórias: participação nos lucros e resultados, ticket alimentação, plano odontológico, plano de saúde, atendimento psicológico, atendimento psiquiátrico e auxílio creche. Tudo sem prejuízo da indenização por danos morais coletivos, no importe de R\$ 400.000.000,00 (BRASIL, 2019b).

A Vale assegurou, por meio desse acordo, que os trabalhadores sobreviventes próprios e terceirizados que estavam lotados na Mina do Feijão no dia do rompimento da barragem terão estabilidade no emprego, não podendo ser dispensados pelo período de três anos, contados a partir de 25 de janeiro de 2019, com possibilidade de conversão do período estável em dinheiro, por iniciativa de qualquer das partes, utilizando-se a base de cálculo da indenização por danos materiais (BRASIL, 2019b).

Esses foram os contornos da responsabilidade trabalhista acidentária no caso Brumadinho/MG. Embora nenhum valor pago consiga reparar a perda pelos familiares dos seus entes queridos, ou mesmo apagar da memória dos trabalhadores sobreviventes os danos sofridos (físicos ou psicológicos), a importância ressarçatória da indenização em favor das vítimas e punitiva contra a empresa é de fundamental relevância, especialmente considerando a dignidade de pessoa humana do trabalhador, indiscutivelmente a parte mais vulnerável da relação empregatícia.

5 – Considerações conclusivas

A responsabilidade civil é instituto jurídico imprescindível à vida em sociedade, pois traz os fundamentos do dever do agente de indenizar a vítima em toda a extensão dos danos experimentados.

Diante de tantas relações inerentes à vida cotidiana, das características da modernidade, seus avanços e incrementos, uma gama de eventos danosos passaram a ocorrer diuturnamente e a exigir a análise da responsabilidade do ofensor para fins de ressarcimento da vítima, numa perspectiva de alargamento de aplicação da teoria da responsabilidade civil para maior amparo àquele que sofreu um prejuízo.

A seara laboral também é campo de aplicação da responsabilidade civil, sendo direito fundamental do obreiro a promoção da sua saúde física e mental, bem como da sua segurança no trabalho, devendo a empresa ressarcir os prejuízos sofridos pela ofensa a esses bens juridicamente tutelados.

Nessa ordem de ideias, imperiosa a análise da responsabilidade do empregador por aquele que vem sendo considerado um dos piores acidentes de trabalho da história nacional. Tendo sido caracterizada a mineração como atividade de risco e elidida, portanto, a necessidade de pesquisar o elemento

culpa, a omissão patronal quanto à observância das normas de segurança no trato dos rejeitos da mineração e a ocorrência de uma série de danos a diversos trabalhadores fizeram nascer para a Vale o dever de indenizar as famílias dos trabalhadores mortos, assim como aqueles que sobreviveram à catástrofe, o que vem ocorrendo especialmente por meio do acordo firmado pelo MPT.

A alocação de valor pecuniário do patrimônio do agente para as vítimas ou seus familiares, como já salientado, é completamente incapaz de recompor o prejuízo caracterizado pela perda da vida de inúmeros obreiros ou danos físicos e psicológicos dos sobreviventes e, além disso, não é capaz de recuperar a situação anterior à ocorrência do evento danoso. O que se espera, entretanto, é que esse montante em dinheiro, oriundo da responsabilidade acidentária trabalhista, diminua os impactos sociais dos familiares e auxilie os sobreviventes a reaver uma mínima qualidade de vida.

6 – Referências bibliográficas

BRASIL. Ministério da Economia, Inspeção do Trabalho. *NR 22. Segurança e Saúde Ocupacional na Mineração*. Portaria nº 3.214, de 8 de junho de 1978. Disponível em: https://sit.trabalho.gov.br/portal/images/SST/SST_normas_regulamentadoras/NR-22.pdf. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. Ministério da Economia, Secretaria Especial de Previdência e Trabalho. *Anuário Estatístico de Acidentes do Trabalho 2018*. Disponível em: <https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/saude-e-seguranca-do-trabalhador/dados-de-acidentes-do-trabalho>. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 23 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Notícias STF*: Associação ajuíza ADI contra novas regras da CLT sobre danos morais. 8 jan. 2019a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=400370&tip=UN>. Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 828.040*. Recurso extraordinário. Direito do trabalho. Responsabilidade civil do empregador. Indenização por dano moral. Acidente de trabalho. Responsabilidade civil do empregador. Indenização por dano material. Acidente de trabalho. 2 ago. 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=4608798>. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral*. Tema nº 932. Possibilidade de responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho. Disponível

DOCTRINA

em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4608798&numeroProcesso=828040&classeProcesso=RE&numeroTema=932>. Acesso em: 10 maio 2020a.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. 5ª Vara do Trabalho de Betim. *Termo de audiência*. Ação Civil Pública Cível 0010261-67.2019.5.03.0028. 16 jul. 2019b. Disponível em: <http://www.vale.com/PT/aboutvale/news/Documents/Ata%20Acordo%20ACP%20processo%20n%C2%B0%200010261-67.2019.5.03.0028.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Como prevenir acidentes de trabalho em atividades de risco?* Jornada. 6º episódio. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Rt4FUC5buT4>. Acesso em: 15 jun. 2020b.

COSTA, José Américo Martins da. *Aplicação do método bifásico na quantificação da reparação do dano moral*. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-26/jose-costa-uso-metodo-bifasico-reparacao-dano-moral>. Acesso em: 26 abr. 2020.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGANETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 3.

FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

FREUDENTHAL, Sergio Pardal. *A evolução da indenização por acidente do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

MENEZES, João Salvador Reis; PAULINO, Naray Jesimar Aparecido. *O acidente do trabalho em perguntas e respostas*. São Paulo: LTr, 2000.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. São Paulo: LTr, 2017.

OSWALDO, Michel. *Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais*. São Paulo: LTr, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo. *Responsabilidade civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4.

SALIM, Adib Pereira Netto. A teoria do risco criado e a responsabilidade objetiva do empregador em acidentes de trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 41, n. 71, p. 97-110, jan./jun. 2005.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Cláusula geral de risco e a jurisprudência dos tribunais superiores. In: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Doctrina*: edição comemorativa, 25 anos. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014, p. 347-370. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/////index.php/Dout25anos/article/view/1118/1052>. Acesso em: 22 abr. 2020.

ZANIRATTO, S. H. *O descanso do guerreiro: um estudo sobre a instituição da previdência social no Brasil*. Maringá: Eduem, 2003.

Recebido em: 18/09/2020

Aprovado em: 03/11/2020

Parte 2 – Temas de Direito Coletivo do Trabalho

A CLÁUSULA DEMOCRÁTICA NA DISPENSA COLETIVA E O ART. 477-A DA CLT

THE DEMOCRATIC CLAUSE IN COLLECTIVE DISMISSAL AND THE ARTICLE 477-A OF THE CLT

Rodrigo Fonseca Marinho*

RESUMO: Este artigo versa sobre a dispensa em massa ou coletiva. O exame de referido tema recai sobre o art. 477-A da CLT, incluído pela Lei nº 13.467/2017. Algumas premissas consolidadas do Direito Individual e Coletivo do Trabalho e, sobretudo, a ideia de democracia concebida por Jürgen Habermas, com a teoria do agir comunicativo, são consideradas com o objetivo de se saber se o tratamento jurídico conferido pelo preceito ao tema subsiste, não subsiste ou se merece reparo.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Dispensa Coletiva.

ABSTRACT: This article deals with mass or collective dismissal. The examination of the theme falls on article 477-A of the CLT, included by Law no. 13.467/2017. Some consolidated assumptions of the Individual and Collective Labor Law and, above all, the idea of democracy conceived by Jürgen Habermas, with the theory of communicative action, are taken into consideration in order to know whether the legal treatment given to the subject shall be kept, not kept, or modified.

KEYWORDS: Democracy. Collective Dismissal.

1 – Introdução

O advento do art. 477-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), patrocinado pela Reforma Trabalhista da Lei nº 13.467/2017, não encerrou o debate sobre a dispensa coletiva no Brasil: o problema está em saber se a opção do legislador nesse dispositivo, que igualou o tratamento jurídico entre as dispensas individual e coletiva, guarda sintonia com as normas constitucionais e infraconstitucionais, que indicam a existência de cláusula democrática no Direito Coletivo do Trabalho.

De tal forma, e nesse contexto, mostram-se importantes as contribuições de Jürgen Habermas em relação à democracia, em especial contribuição relativa à teoria do agir comunicativo, a fim de permitir que se conheça a noção de democracia e assim seja possível avaliar se ela está presente na legislação pátria e no dispositivo aludido, perfazendo a meta geral deste estudo.

* *Mestre em Direito, Instituições Sociais e Democracia pela Fundação Mineira de Educação e Cultura (FUMEC); advogado.*

A confirmação ou a refutação do tratamento jurídico trazido pelo art. 477-A é o resultado esperado. O é, igualmente, a realização de proposições de *lege ferenda* no tema, a partir de constatações jurídicas realizadas, de maneira que se tenha, pelo menos, vislumbre de contribuição prática a partir deste artigo.

2 – Das premissas juslaborais consolidadas

O tema da dispensa em massa ou coletiva, que ressurgiu especialmente em situações de crise econômica, como a imposta pela pandemia do vírus Covid-19 neste ano de 2020, impõe rememorar reflexões nas quais possa ser destacado o papel da democracia.

Nesse desiderato, é mister, antes, considerar algumas premissas que já estão consolidadas no Direito do Trabalho, na medida em que a interpretação mais adequada de qualquer dispositivo, inclusive do art. 477-A da CLT, não deve se limitar à sua dicção legal, mas considerar, ainda, outras balizas hermenêuticas¹ para que se tenha análise mais atenta e em conformidade com o regime jurídico correspondente.

A primeira premissa a ser lembrada é a de que o Direito do Trabalho surgiu no contexto da Revolução Industrial, como reação a um processo de exploração inescrupulosa e desmedida² da mão de obra de trabalhadores (DELGADO, 2010, p. 78).

Ainda no que concerne ao Direito Coletivo do Trabalho, e pela mesma razão anteriormente citada, surgiu a sua principal figura: o sindicato. Os sindicatos, deve-se ressaltar, são pessoas jurídicas de direito privado com atribuições de interesse público. Isso, porque a representação coletiva que os sindicatos exercem corresponde a um mandato legal, cujo limite é apenas a real existência de autêntico interesse da categoria, de ordem sociológica, jurídica e política (RUSSOMANO, 2002, p. 59-63). Nesse campo, a liberdade sindical é um valor de destaque. Sua noção compreende a liberdade de associação, de filiação, de desfiliação, de fundação, de organização, de administração e de atuação (GARCIA, 2009, p. 1.162-1.168).

1 É exemplo o processo interpretativo sistemático, que consiste em “comparar o dispositivo sujeito a exegese com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto. (...) O processo sistemático encontra fundamento na lei da solidariedade entre os fenômenos coexistentes” (MAXIMILIANO, 2011, p. 104).

2 Na Inglaterra, menores trabalhavam em troca de alimento. Em 1802, a jornada foi reduzida para doze horas. Em 1813, foi proibido o trabalho de menores em minas. Em 1819, foi proibido o trabalho de menores de nove anos de idade (MARTINS, 2000, p. 172-173).

Outro ponto que merece realce é a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), no ano de 1919, bem como a sua respectiva reorientação no ano de 1944, com a Declaração da Filadélfia, que direcionou o foco dessa Organização para o ser humano e não mais para o fim de impedir a concorrência desleal (CORREA, 2009, p. 36-37).

Outro aspecto diz respeito aos sujeitos da relação de emprego: o Direito do Trabalho não observa a lógica do Direito Civil, a qual é marcada pela liberdade de contratar, que se traduz na escolha da pessoa e do objeto do negócio jurídico; no poder de definir o teor das cláusulas contratuais e no poder de impor o pactuado (PEREIRA, 2002, p. 9-10). Já no campo da relação jurídica laboral, em regra, a realidade é outra – enquanto o empregador visa multiplicar o investimento feito no empreendimento, o empregado busca, com o resultado de seu trabalho, satisfazer as necessidades mais elementares de sobrevivência, não detendo, em regra, poderes de determinação do objeto e das cláusulas do contrato de trabalho. A esse respeito são preciosas as palavras de Américo Plá Rodriguez (2002, p. 85):

“O legislador não pôde mais manter a ficção de igualdade existente entre as partes do contrato de trabalho e inclinou-se para uma compensação dessa desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador com uma proteção jurídica a ele favorável. O Direito do Trabalho responde fundamentalmente ao propósito de nivelar desigualdades.”

Daí a pertinente observação de Karl Marx (2009, p. 41) em relação ao empregador:

“Ele não teria nenhum interesse em empregar o trabalhador se não esperasse, da venda do serviço (*Werk*) deste último, mais do que é necessário para reembolsar os fundos (*fonds*) por ele adiantados para salários, e não teria *interesse* algum em aplicar uma soma grande em detrimento de uma pequena soma de fundos (*fonds*) se o seu lucro não estivesse em proporção com o volume dos fundos (*fonds*) aplicados.”

Feitas essas considerações iniciais – e sem perdê-las de vista –, cabe ressaltar que tais ponderações podem ser reunidas e sintetizadas no principal vetor do Direito do Trabalho, individual ou coletivamente considerado, qual seja, o princípio³ da proteção, pois é o seu conteúdo que justifica a existência

3 De acordo com Carlos Maximiliano, “todo conjunto harmônico de regras positivas é apenas o resumo, a síntese, o *substratum* de um complexo de altos ditames, o índice materializado de um sistema orgânico, a concretização de uma doutrina, série de postulados que enfeixam princípios superiores. Constituem estes as *diretivas* ideias do hermenêuta, os pressupostos científicos da ordem jurídica” (MAXIMILIANO, 2017, p. 265).

desse ramo jurídico: a necessidade de corrigir ou atenuar no plano jurídico o desequilíbrio fático existente entre os sujeitos da relação de trabalho (DELGADO, 2010, p. 183).

Cumpra observar, todavia, sem desprezar a orientação declinada pelo princípio da proteção, que o Direito do Trabalho não serve apenas para tutelar o homem trabalhador, haja vista seu alcance ser maior, polivalente, porquanto se presta a preservar a concorrência em um contexto de lealdade e a garantir a existência de um mercado consumidor, pois, como instrumento de distribuição de renda, insere o trabalhador e sua família no mundo do consumo. (D'INTIGNANO, 1999, p. 117).

Nesse sentido,

“O Direito do Trabalho consiste, primordialmente, num instrumento de promoção dos denominados direitos humanos de segunda dimensão – os direitos sociais ou direitos de igualdade – correlacionados às relações de trabalho. Por outro lado, ao contrário do que propugnam as oportunistas doutrinas ‘neoliberalistas’, o Direito do Trabalho também foi uma necessidade política, ideológica e normativa para a subsistência do próprio sistema capitalista, cujo grau de exploração do trabalho alheio colocou em risco o próprio regime emergente.” (SANTOS, 2012, p. 273)

Portanto, o tema da dispensa coletiva supõe considerar que o Direito do Trabalho surgiu como reação aos absurdos históricos verificados na exploração da mão de obra, noção que não pode ser desamparada ao se examinar o art. 477-A da CLT, já que um dispositivo não pode desvirtuar os valores que são próprios do ramo do Direito em que está inserido, como os verificados no princípio da proteção, no papel dos sindicatos, na importância da liberdade sindical e no caráter polivalente do Direito do Trabalho.

3 – Da cláusula democrática no Direito Coletivo do Trabalho

Para a percepção de que existe uma cláusula democrática no Direito Coletivo do Trabalho é preciso, primeiro, conhecer o sentido básico da palavra “democracia”. Para tanto, e sem a pretensão de esgotamento, faz-se oportuna a contribuição de Jürgen Habermas, filósofo e sociólogo alemão, que concebe uma teoria do agir comunicativo ao examinar a democracia.

Consideração importante para a teoria do agir comunicativo de Habermas está na distinção entre “mundo da vida” e “sistema”. Para essa teoria, está no “mundo da vida” o que não pode ser contestado ou problematizado, o que é livre de dissenso, o que está no plano subjetivo partilhado. Diferentemente, o

“sistema” diz respeito a todas as considerações que decorrem do contrato social (REESE-SCHÄFER, 2017, p. 55-56).

Dessa noção faz-se pertinente considerar no “mundo da vida”, por exemplo, a desigualdade negocial entre os sujeitos da relação empregatícia; o salário, como ferramenta de dignificação do trabalhador e de fomento da economia e do capitalismo; a atuação sindical, como forma de equilibrar as tratativas entre as coletividades de empregados e de empregadores ou entre aqueles e o empregador diretamente. De outro lado, é adequado ao “sistema”, por exemplo, a duração da jornada de trabalho e o valor da remuneração do empregado: em linhas gerais, está no campo do “sistema” o que admite considerações normativas diferentes a partir de percepções diferentes. A importância da fixação dessa diferença está na afirmação de que a intromissão da *racionalidade econômica e burocrática* no “mundo da vida” gera importantes prejuízos em direitos como a liberdade (REESE-SCHÄFER, 2017, p. 46). Desse modo, o que deve ser objeto da democracia é tudo o que pode ser classificado como expressão do “sistema”.

Noutro dizer, princípios morais irrenunciáveis, como a dignidade da pessoa humana e a boa-fé objetiva, são manifestações do “mundo da vida”, portanto, são parâmetros necessários para todos os comportamentos, inclusive na tomada das decisões.

Nesse passo,

“A teoria do agir comunicativo surge como uma teoria voltada para a compreensão da dimensão da verdade não enquanto conformidade da mente com as coisas, mas como fruto de uma experiência intersubjetiva e dialógica no espaço social.” (BITTAR; ALMEIDA, 2015, p. 552)

Habermas sustenta que “a democracia transforma o uso de liberdades comunicativas por parte dos cidadãos em muitas forças produtivas para a influência legítima sobre si mesma” (HABERMAS, 2012, p. 52).

Em outras palavras, a teoria comunicativa *habermasiana* supõe o primado de um efetivo diálogo que deve ser aberto socialmente, a fim de que a verdade seja compreendida pelo consenso. “O consenso é uma ideia comunitária a ser desenvolvida pelo grupo que pensa seus problemas em comum, e, portanto, constrói, comunicativamente, suas soluções (morais e jurídicas)” (BITTAR; ALMEIDA, 2015, p. 552). De tal maneira, fica evidente que o sindicato obreiro deve participar de todas as decisões que envolvem diretamente a categoria representada, assertiva esta que encontra sua justificativa no texto da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988).

De acordo com o inciso III do art. 8º da CR/88, ao sindicato cabe a “defesa” dos direitos e interesses coletivos e individuais da categoria, “inclusive em questões judiciais ou administrativas” (BRASIL, 1988)⁴. Pelo vocábulo “defesa”, não há dúvida de que o legislador constituinte deixou claro que o sindicato deve ter voz, deve poder agir positivamente na defesa dos interesses da categoria que representa. Equivale dizer, assim, que o campo de atuação do sindicato é o mais amplo possível, autorizado para atuar onde o interesse da categoria estiver e para além das questões judiciais e administrativas, por isso a utilização do vocábulo “inclusive”.

Como se não bastasse, pode-se perceber ainda, e com clareza, a existência de uma cláusula democrática no Direito Coletivo do Trabalho, a partir das redações dos arts. 10 e 11 da CR/88: o art. 10 assegura participação dos trabalhadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação; o art. 11, por sua vez, prevê a eleição de um representante dos empregados para entendimento direto com o empregador (BRASIL, 1988). Logo, torna-se possível pensar que essas disposições constitucionais pressupõem a existência de um diálogo entre as categorias profissional e econômica.

Na mesma esteira, o *caput* do art. 7º da Constituição e o seu inciso XXVI evidenciam que o rol de direitos trabalhistas inscritos no mesmo dispositivo constitui patamar mínimo de direitos, sendo, assim, perfeitamente possível o alcance de outros direitos capazes de melhorar a condição pessoal dos trabalhadores, o que se dá pelo necessário reconhecimento de acordos coletivos e de convenções coletivas de trabalho (ACT e CCT), instrumentos estes representativos de negociação coletiva laboral (BRASIL, 1988) – essa ideia de atuação ampla do sindicato, com a negociação coletiva para a defesa dos interesses de seus representados, tem apoio também no Direito Internacional do Trabalho⁵, deve-se dizer.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos⁶ prevê, em seu artigo XXIII, item 4, que “toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses” (MARTINS, 2009, p. 711). O Pacto

4 Cf. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html. Acesso em: 3 set. 2020.

5 A doutrina ensina que o Direito Internacional do Trabalho está inserido no Direito Internacional Público, que cuida da proteção do trabalhador como parte contratual e como ser humano, considerando princípios de justiça social universais e a cooperação internacional (SÚSSEKIND *apud* HUSEK, 2011, p. 58).

6 Como observa a doutrina, a DUDH “não é um tratado internacional. Não obstante, pela sua importância, é reconhecida como integrante do Direito Costumeyo Internacional” (MIESSA; CHAGAS, 2016, p. 423).

Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, incorporado ao Direito interno pelo Decreto nº 591, de 1992, por sua vez, pontua o compromisso de garantir

“O direito dos sindicatos de exercer livremente suas atividades, sem quaisquer limitações além daquelas previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades das demais pessoas (art. 8º, c).” (MIESSA; CHAGAS, 2016, p. 442)

No mesmo sentido, tem-se o art. 8º do Protocolo Adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1998, integrado ao Direito pátrio pelo Decreto nº 3.321, de 1999 (MIESSA; CHAGAS, 2016, p. 442).

A OIT, da qual o Brasil é membro desde a sua fundação (PORTELA, 2015, p. 463), pela Declaração da Filadélfia de 1944, acrescentou princípios fundamentais à sua Constituição, dentre os quais está a ideia de que o trabalho não é uma mercadoria e a liberdade de expressão e a de associação são condições indispensáveis de progresso. Referida Organização prevê, outrossim, o dever de as Nações executarem programas que assegurem o direito de fazer ajustes coletivos, o que se dá pelo incentivo de cooperação entre empregadores e trabalhadores, tudo a fim de que se alcance melhoria contínua da organização da produção e a colaboração de uns e outros na elaboração e aplicação da política social e econômica (MARTINS, 2009, p. 22-24).

Recai ainda sobre o Brasil a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, cujo teor se impõe a todos os membros da OIT, ainda que não tenham ratificado Convenções afetas aos princípios de que cuida, de maneira que seus membros devem tornar realidade, de boa-fé e em conformidade com a Constituição do Organismo Internacional, “a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva”, dentre outros princípios (MARTINS, 2009, p. 622).

A Convenção nº 98 da OIT trata do direito de sindicalização e de negociação coletiva. Incorporada ao ordenamento jurídico interno no ano de 1953, foi recepcionada pela Constituição da República por retirar o fundamento de validade do aludido art. 8º do Texto Constitucional. Ela dispõe em seu artigo 4º:

“Medidas apropriadas às condições nacionais serão tomadas, se necessário, para estimular e promover o pleno desenvolvimento e utilização de mecanismos de negociação voluntária entre empregadores ou organização de empregadores e organizações de trabalhadores, com o

objetivo de regular, mediante acordos coletivos, termos e condições de emprego.” (MARTINS, 2009, p. 164)

Seguindo a mesma linha do raciocínio acima apresentado, há o disposto na Convenção nº 154 da OIT, que trata do incentivo à negociação coletiva e foi igualmente incorporada ao Direito pátrio – verifica-se do seu texto que em todos os setores econômicos (artigo 1º) devem ser adotadas medidas de estímulo à negociação coletiva (artigo 5º, § 1º) (MARTINS, 2009, p. 454-455).

No âmbito do Mercosul, a Declaração Sociolaboral de 2015 dispõe que “os Estados Partes se comprometem a facilitar mecanismos para fomentar o exercício da negociação coletiva nos diferentes âmbitos” (art. 17, item 2). O art. 19, por sua vez, prevê que

“Os Estados Partes comprometem-se a fomentar e articular a criação de mecanismos válidos de autocomposição de conflitos individuais e coletivos de trabalho, mediante procedimentos independentes, imparciais e voluntários, visando à melhoria do clima organizacional e da harmonia no ambiente de trabalho; a diminuição do custo e do tempo de duração do conflito.” (BRASIL, 2015)⁷

Esse espírito democrático é verificado também na CLT. Isso, porque no dissídio coletivo⁸, na Justiça do Trabalho, por exemplo, é clara a preferência à solução dada pelas próprias partes (sindicato obreiro e sindicato patronal, ou o primeiro e o empregador diretamente), pois que, antes do julgamento, elas devem ser convidadas a se pronunciarem sobre as bases da conciliação (art. 862). De tal forma, apenas se não verificada a autocomposição é que a Justiça especializada proferirá a sentença normativa⁹ – art. 864 (BRASIL, 1943), disposição que guarda sintonia com a preferência estabelecida pela CR/88, em

7 BRASIL. *Declaração Sociolaboral do Mercosul de 2015*. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/10519-declaracao-sociolaboral-do-mercosul-de-2015-i-reuniao-negociadora-brasilia-17-de-julho-de-2015>. Acesso em: 3 set. 2018.

8 O dissídio coletivo pode ser conceituado como “ação coletiva conferida a determinados entes coletivos, geralmente os sindicatos, para a defesa de interesses cujos titulares materiais não são pessoas individualmente consideradas, mas sim grupos ou categorias econômicas, profissionais ou diferenciadas, visando à criação ou interpretação de normas que irão incidir no âmbito dessas mesmas categorias” (LEITE, 2010, p. 1.117).

9 “A sentença normativa é o julgamento dos dissídios coletivos pelos tribunais trabalhistas, criando normas gerais e abstratas de conduta de observância obrigatória para as categorias profissionais e econômicas envolvidas, produzindo efeitos nos respectivos contratos individuais de trabalho” (PEREIRA, 2017, p. 955).

cujo art. 114, § 1º, está prescrito que “frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros” (BRASIL, 1988)¹⁰.

Não se desconhece que crises econômicas existam e possam, sim, impor a dispensa coletiva a uma empresa ou a vários setores econômicos. A questão não é essa, mas saber de que forma isso pode ocorrer com harmonia, fazendo valer o que se encontra disposto na Constituição, em seu art. 170, incisos III e VIII, por exemplo, os quais dispõem que a ordem econômica se funda não só na livre-iniciativa, mas também na valorização do trabalho humano, devendo assegurar a todos existência digna e observar os princípios da função social da propriedade e da busca do pleno emprego, conforme os ditames da justiça social (BRASIL, 1988).

Vê-se, com isso, que a primazia é da solução negocial dos conflitos coletivos do trabalho, e, assim sendo, as balizas normativas aludidas, constitucionais e infraconstitucionais, estão axiologicamente atreladas pela ideia de democracia que as permeia e pelo diálogo aberto entre todos os interessados, de modo que a dispensa em massa ou coletiva deve ser legitimada com a participação sindical para que seja lícita.

4 – Do art. 477-A da CLT

A reforma trabalhista patrocinada pela Lei nº 13.467/2017 incluiu o art. 477-A na CLT, cuja redação dispõe que

“As dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação.” (CLT, 1943)¹¹

O supracitado artigo, portanto, apenas equipara a dispensa massiva à dispensa individual. Logo, pode-se dizer, então, ressalvadas as hipóteses de estabilidade¹², que, qualquer que seja a modalidade da dispensa, terá ela natureza de um direito potestativo¹³ do empregador. Todavia, até o advento da aludida

10 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 3 set. 2020.

11 BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 3 set. 2020.

12 Pode-se dizer que a estabilidade no Direito do Trabalho traduz “o direito do trabalhador de permanecer no emprego, mesmo contra a vontade do empregador, enquanto inexistir uma causa relevante expressa em lei e que permita a sua dispensa” (NASCIMENTO, 2009, p. 392).

13 De acordo com o magistério de Maria Helena Diniz, o direito potestativo é o direito em relação ao qual não há um dever correlato, mas apenas a sujeição de alguém (DINIZ, 2002, p. 350).

reforma trabalhista, a legislação não tratava da dispensa em massa ou coletiva, ao menos literalmente.

Apesar disso, a jurisprudência trabalhista, considerando os valores envolvidos traduzidos em normas jurídicas principiológicas, consolidava-se no sentido de não proibir a dispensa em massa, mas estabelecer critérios legitimadores para a sua efetivação. É emblemática, por exemplo, a decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, no Processo 00309-2009-000-15-00-4, do qual se extrai o conceito de dispensa em massa e alguns aspectos jurídicos de relevo, que devem ser considerados no tema:

“As demissões coletivas ou em massa relacionadas a uma causa objetiva da empresa, de ordem técnico-estrutural ou econômico-conjuntural, como a atual crise econômica internacional, não podem prescindir de um tratamento jurídico de proteção aos empregados, com maior amplitude do que se dá para as demissões individuais e sem justa causa, por ser esta insuficiente, ante a gravidade e o impacto socioeconômico do fato. Assim, governos, empresas e sindicatos devem ser criativos na construção de normas que criem mecanismos que, concreta e efetivamente, minimizem os efeitos da dispensa coletiva de trabalhadores pelas empresas. À minguada de legislação específica que preveja procedimento preventivo, o único caminho é a negociação coletiva prévia entre a empresa e os sindicatos profissionais. Submetido o fato à apreciação do Poder Judiciário, sopesando os interesses em jogo: liberdade de iniciativa e dignidade da pessoa humana do cidadão trabalhador, cabe-lhe proferir decisão que preserve o equilíbrio de tais valores. Infelizmente não há no Brasil, a exemplo da União Europeia (*Directiva 98/59*), Argentina (*Ley n° 24.013/91*), Espanha (*Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1995*), França (Lei do Trabalho de 1995), Itália (Lei n° 223/91), México (*Ley Federal del Trabajo de 1970*, cf. texto vigente – última reforma foi publicada no DOF de 17.01.06) e Portugal (Código do Trabalho), legislação que crie procedimentos de escalonamento de demissões que levem em conta o tempo de serviço na empresa, a idade, os encargos familiares, ou aqueles em que a empresa necessite de autorização de autoridade, ou de um período de consultas aos sindicatos profissionais, podendo culminar com previsão de períodos de reciclagens, suspensão temporária dos contratos, aviso prévio prolongado, indenizações, etc. No caso, a Embraer efetuou a demissão de 20% dos seus empregados, mais de 4.200 trabalhadores, sob o argumento de que a crise econômica mundial afetou diretamente suas atividades, porque totalmente dependentes do mercado internacional, especialmente dos Estados Unidos da

América, matriz da atual crise. Na ausência de negociação prévia e diante do insucesso da conciliação, na fase judicial só resta a esta Eg. Corte, finalmente, decidir com fundamento no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho. Assim, com base na orientação dos princípios constitucionais expressos e implícitos, no direito comparado, a partir dos ensinamentos de Robert Alexy e Ronald Dworkin, Paulo Bonavides e outros acerca da força normativa dos princípios jurídicos, é razoável que se reconheça a abusividade da demissão coletiva, por ausência de negociação.” (BRASIL, 2009)

Com efeito, na medida em que o art. 477-A da CLT equipara a dispensa coletiva à dispensa individual, fica claro que o legislador ignorou todas as reflexões que vinham se desenvolvendo a respeito e são indicadas na decisão judicial referida. Assim, a regulação demasiadamente simplória da questão pela CLT só pode conduzir o dispositivo referido à inconstitucionalidade, já que não traz o caráter democrático já destacado, que tem assento constitucional, infraconstitucional e supralegal¹⁴.

Noutras palavras, o art. 477-A da CLT, com a redação dada pela Lei nº 13.467/2017, padece de defeito de constitucionalidade, pois que não retira na CR/88 o seu fundamento de validade. Ao contrário, o preceito desprestigia a ideia de democracia ao alijar o sindicato obreiro do processo de dispensa coletiva. Além disso, a necessidade da cláusula democrática no tema em exame é patente ao se considerar os efeitos da dispensa em massa ou coletiva, efeitos estes bem maiores se comparados aos verificados isoladamente em relação a cada empregado dispensado.

Marcelo Freire Sampaio Costa foi preciso ao ponderar que

“A dispensa coletiva, ao contrário da individual, cuja repercussão restringe-se aos reflexos negativos na vida particular-social-moral-profissional do trabalhador dispensado, traz repercussões que ultrapassam a esfera particular dessas pessoas, podendo afetar a própria ‘ordem socioeconômica no mercado de trabalho, sobretudo quando o número de trabalhadores dispensados for significativo’. Basta imaginar a demissão de milhares de trabalhadores de uma grande empresa, funcionando numa pequena municipalidade, para se chegar à conclusão do abalo de toda

14 “Todos os tratados sobre direitos humanos incorporados à ordem jurídica brasileira sem passar pelo procedimento qualificado previsto no art. 5º, § 3º, da CF possuem natureza supralegal, inclusive aqueles aprovados antes da EC nº 45/04” (BARRETO, 2017, p. 104). O art. 5º, § 3º, da CR/88 dispõe que o tratado internacional que seja aprovado em dois turnos de votação em cada Casa do Congresso Nacional, por três quintos dos membros, equivale à emenda constitucional (BRASIL, 1988).

economia de mercado desse local, considerando que parte razoável da população economicamente ativa perdeu sua força de subsistência.” (COSTA, 2010, p. 828)

Dito de outro modo, a partir das necessidades que o art. 7º, inciso IV, da CR/88 associa como próprias de serem satisfeitas pelo salário, tem-se a amplitude do problema da dispensa em massa (BRASIL, 1988): se menos pessoas percebem salários em dada localidade, menos serão os recursos disponíveis e em circulação nessa mesma localidade para moradia, educação, saúde, alimentação, lazer, vestuário, higiene, transporte, etc., de modo que a economia, ao menos nesses setores, tenderá a sofrer importantes impactos negativos, com a possibilidade plausível de contínuo agravamento do quadro econômico e social, podendo, inclusive, haver extensão de crise para outros setores de produtividade.

Portanto, a redação original do art. 477-A da CLT não é adequada à complexidade que a questão envolve. A rigor, referida redação revela-se inconstitucional ao negligenciar cláusula democrática existente no Direito Coletivo do Trabalho, já que equipara a dispensa massiva à dispensa individual, ofendendo a liberdade sindical em prejuízo não só dos trabalhadores envolvidos e da categoria representada, mas também da própria economia como um todo. É por força de coerência constitucional principiológica no Direito Coletivo do Trabalho e, por corolário, de proteção aos múltiplos interesses envolvidos na temática, que a cláusula democrática se impõe.

5 – Da retificação do tratamento jurídico dado à dispensa coletiva no direito brasileiro

Verificado o vício de inconstitucionalidade que prejudica o comando do art. 477-A da CLT, na sua redação original, é pertinente pontuar sugestão de *lege ferenda* no tema. O que se quer é demonstrar que se faz perfeitamente possível tratamento jurídico que regule a dispensa em massa sem contrariar a Constituição, preservando interesses também do empregador: de plano, sugere-se a revogação completa do artigo em comento, pois que, da sua enxuta redação, nada se aproveita ou evolui.

Revogado o art. 477-A da CLT, o mais adequado seria a inserção de um novo título na CLT, a fim de que fossem abarcados todos os preceitos acerca da dispensa em massa, o que encontra posição topográfica mais adequada após tratamento jurídico dispensado aos sindicatos.

O *caput* do artigo inaugural do novo título poderia assim dispor: “A dispensa coletiva ou em massa deve observar a cláusula geral democrática que

se extrai da Constituição da República”. Assim, o texto estaria a indicar que a dispensa massiva é possível, desde que perpetrada democraticamente.

Em sequência, um primeiro parágrafo estabeleceria o conceito de dispensa coletiva, o que poderia ser cunhado a partir da contribuição de Mallet (2016, p. 137-138): “É coletiva ou em massa a dispensa que não se reveste de natureza individual, atingindo vários empregados, sem a substituição destes e por motivos que não lhes sejam pessoalmente imputáveis e lhes sejam comuns” – registre-se que Estêvão Mallet entende pela prescindibilidade da participação sindical obreira na dispensa coletiva (MALLET, 2016, p. 128-129), o que não afeta o acerto do autor em relação ao conceito transcrito.

Outro parágrafo, tendo em conta o princípio da autonomia coletiva dos particulares¹⁵, poderia assim dispor: “Acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho poderá fixar o número de empregados dispensados, simultânea ou sucessivamente, que configure a dispensa coletiva ou em massa”.

Em seguida, dentro do encadeamento das ideias, outro dispositivo poderia iniciar o tratamento do procedimento da dispensa: “O empregador que pretenda realizar a dispensa coletiva ou em massa deverá, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, notificar da sua intenção o sindicato profissional representativo da categoria correspondente, informando, no mesmo ato, motivação econômica, técnica, financeira ou outra que entenda justificar a medida” – o prazo de 30 (trinta) dias é razoável e é sugerido por corresponder ao mínimo de aviso-prévio para a dispensa individual.

Em continuação, outro parágrafo poderia iniciar a previsão da dialética necessária para o fim de qualificar a dispensa como democrática. Por exemplo: “Recebida a notificação, o sindicato profissional terá o prazo de 10 (dez) dias para se manifestar sobre os motivos da dispensa coletiva, podendo propor alternativas que evitem ou minorem os seus efeitos”.

Também no escopo de conferir o caráter democrático ao procedimento, e para assegurar diálogo profícuo, leal e de boa-fé, outro parágrafo poderia assim dispor: “No prazo de 5 (cinco) dias do recebimento da notificação, o sindicato profissional poderá, com a interrupção do prazo de 10 (dez) dias previsto no parágrafo anterior, solicitar ao empregador esclarecimentos acerca dos motivos delineados para a dispensa, caso repute obscuro ou contraditório o motivo apresentado, caso em que o empregador deverá responder nos 5 (cinco)

15 “O princípio da autonomia coletiva dos particulares explicita o poder de que são titulares os atores sociais, inseridos nas relações coletivas, possibilitando a criação de normas que regulem os conflitos laborais, ao mesmo tempo em que estabelecem condições de trabalho.” (GARCIA, 2009, p. 1.151)

dias seguintes”. Nesse passo, prestados os esclarecimentos pelo empregador, reiniciar-se-ia o prazo de 10 (dez) dias para o sindicato obreiro propor alternativas à dispensa em massa, o que poderia prever outro parágrafo.

De tal forma, caberia a um artigo seguinte indicar alternativas à dispensa massiva, o que se reputa mais apropriado em rol meramente exemplificativo, de modo a facilitar o diálogo entre os interessados, o que por certo seria uma tendência, na medida em que o próprio empregador já poderia sugerir o que entende como a melhor alternativa a se adotar já na oportunidade da notificação que deve dirigir ao sindicato profissional.

Cumpra anotar que, a rigor, na elaboração desse rol de alternativas, nem precisaria o legislador ser tão criativo, pois que já há no ordenamento jurídico instrumentos jurídicos cuja referência já seria bom ponto de partida, por exemplo: “Sem exclusão de outras fixadas em instrumento coletivo negociado, são alternativas à dispensa em massa ou coletiva: I – a concessão de férias coletivas; II – a adoção de programa ou plano de incentivo de demissão voluntária; III – a redução da jornada de trabalho com a correspondente redução salarial; IV – a remoção e a transferência de empregados”.

Note que as férias coletivas já encontram previsão no art. 139 da CLT (BRASIL, 1943). Além disso, a adoção de programa de demissão voluntária já é uma prática consagrada nas relações negociais e na gestão empresarial, bem como a redução de jornada de trabalho com redução de salário, que encontra previsão normativa na Lei nº 13.189/2015, amparada na Lei nº 4.923/65 e na Lei nº 14.020/2020, que também pontua a possibilidade de suspensão¹⁶ do contrato de trabalho (representou a conversão da Medida Provisória nº 936/2020). A remoção e a transferência têm previsão no art. 469 da CLT (BRASIL, 1943).

Oportuno ainda seria parágrafo com natureza de ação afirmativa¹⁷, com o intuito de considerar algumas preferências entre os trabalhadores, de modo a levar em conta a vulnerabilidade peculiar de alguns deles e assim buscar a correspondente preservação no emprego.

Com efeito, seria razoável um parágrafo assim dispor:

16 A suspensão contratual significa que, apesar da manutenção do vínculo de emprego, não há prestação laborativa nem remuneração pelo empregador. “É a sustação ampliada e recíproca de efeitos contratuais, preservado, porém, o vínculo entre as partes” (DELGADO, 2010, p. 982).

17 Antônio José de Mattos Neto, citando Joaquim Barbosa, esclarece que as ações afirmativas são políticas e mecanismos de “inclusão concebidas por entidades públicas e privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito” (BARBOSA *apud* MATTOS NETO; LAMARÃO NETO; SANTANA, 2012, p. 200).

DOCTRINA

“Sendo inevitável a dispensa coletiva, mas não total, o empregador deverá buscar mitigar os efeitos da dispensa, com a manutenção no emprego, em proporções razoáveis e sem prejuízo de proteção em leis especiais, de trabalhadores com as seguintes particularidades, sem exclusão de outras: I – pessoa com deficiência; II – idoso; III – mulher; IV – que tenha filho menor de 14 (quatorze) anos ou com deficiência ou pessoa idosa sob seus cuidados; V – ser casado ou viver em união estável e o cônjuge ou companheiro não exercer atividade laborativa ou for atingido pela dispensa; VI – estar prestes à aquisição do direito à aposentação; VIII – não ser beneficiário de outras fontes de renda, como aposentadoria, pensão, dividendos.”

Artigo seguinte trataria da possibilidade de dissenso, ou seja, da hipótese de as entidades representativas de empregados e empregadores não encontrarem por si mesmos composição mutuamente satisfatória. Tal preceito poderia assim dispor: “Na falta de acordo em relação à dispensa coletiva ou em massa, as partes poderão eleger árbitros ou ajuizar dissídio coletivo, nos termos da Constituição da República e da lei”.

Caberia ainda artigo outro que disporia que, não existindo sindicato representativo da categoria profissional, atuarão na defesa dos interesses dos trabalhadores as associações sindicais de grau superior (federações e confederações) e, na falta, o Ministério Público do Trabalho.

Por fim, considerando o princípio da livre-iniciativa, seria adequado um dispositivo prever que constitui motivo justo para a dispensa em massa, independentemente de procedimento para tanto, o encerramento das atividades da empresa, bem como a correspondente falência ou a adoção de plano de recuperação judicial ou extrajudicial. Isso, porque não seria crível impor a alguém a manutenção de um empreendimento sem o seu querer, o que representaria clara ofensa aos direitos fundamentais da livre-iniciativa e da liberdade em si. Em relação à falência, à recuperação judicial e extrajudicial, a regulação em lei especial (Lei nº 11.101/05) e a não competência da Justiça do Trabalho a respeito aconselham a ressalva.

Destarte, inovação legislativa no texto, consolidada com base nas sugestões apresentadas, por certo, superaria a inconstitucionalidade do art. 477-A da CLT, com a redação dada pela Lei nº 13.467/2017, já que o tratamento da dispensa em massa ou coletiva estaria em sintonia com o espírito democrático que se extrai da Constituição da República, da CLT e dos Tratados Internacionais afetos.

6 – Considerações finais

O Direito do Trabalho (individual e coletivo) surgiu para dar contornos éticos à exploração do homem pelo homem – daí a intromissão do Estado na relação jurídica trabalhista, por meio de leis, a fim de compensar o desnível negocial existente que recai sobre o empregado em comparação ao empregador. É nesse mesmo espírito protetivo e balanceador que surgem os sindicatos, aos quais foi incumbida, essencialmente, a defesa de direitos da categoria representada.

Habermas apresenta ideias de “mundo da vida” e de “sistema”: a primeira, compreendendo o que é livre de dissenso, a exemplo da vantagem negocial do empregador e o fato de o salário servir para dignificar o trabalho e a pessoa; já a segunda, a ideia de “sistema”, diferentemente, traduz o que é passível de negociação ou transação, sendo esta a faceta da teoria do agir comunicativo sobre a qual recai a democracia.

A teoria *habermasiana* concebe a democracia como um diálogo aberto a todos os interessados na construção moral e jurídica que seja capaz de superar problemas comuns. E é esse espírito, de contribuição dialética de soluções entre interessados, que se percebe no exame das normas constitucionais e infraconstitucionais, previstas no ordenamento jurídico brasileiro, e que sempre estimulam a solução de controvérsias coletivas pela via negocial, o que traduz a nítida existência de cláusula democrática no Direito Coletivo do Trabalho.

Exemplificativamente, a Constituição prescreve que cabe ao sindicato a defesa de interesses da categoria representada (art. 8º, III); a OIT, por sua vez, indica que devem ser preferidos e estimulados mecanismos de negociação voluntária com a organização de trabalhadores (Convenção 98; Convenção 154). Na mesma esteira, tem-se a Declaração Sociolaboral de 2015 do Mercosul. A própria CLT deixa evidente a preferência pela autocomposição, como se dá no contexto do dissídio coletivo, em que as partes são convidadas a se pronunciarem sobre as bases da conciliação (art. 862). Nessa linha, a redação simplória do art. 477-A da CLT, incluído pela Lei nº 13.467/2017, ao equiparar as dispensas individual e coletiva, revela a sua inconstitucionalidade, pois que está ausente a necessária cláusula democrática.

Por óbvio, várias são as situações que podem conduzir para a necessidade da dispensa massiva, de modo que, não se trata de proibi-la, mas de fixar critérios para a sua realização, critérios estes que devem ser harmônicos com o direito em vigor, considerando todos os interesses envolvidos.

DOCTRINA

No tema em comento, não se pode desconsiderar que as repercussões econômicas da dispensa coletiva são bem maiores que as verificadas individualmente em cada trabalhador afetado. Afinal, se menos pessoas percebem salários em dada localidade, menos serão os recursos em circulação nessa mesma localidade, de modo que a economia, como um todo, tende a sofrer consequências da dispensa massiva.

Com efeito, uma vez que a redação original do art. 477-A da CLT não subsiste, o melhor a ser feito está nas mãos do legislador ordinário: é o legislador quem pode traçar as características da dispensa coletiva e igualmente fixar dispositivos que contemplem a imprescindível cláusula democrática, privilegiando e propiciando a ocorrência de diálogo entre as partes, antes das dispensas, por meio de procedimento extrajudicial – será por meio de tal procedimento que as próprias partes poderão verificar a necessidade ou a desnecessidade da dispensa em massa no caso concreto, bem como a necessidade ou não da aplicação de alternativas possíveis, como férias coletivas, redução da jornada de trabalho e de salário, suspensão contratual. Poderão ainda ser estabelecidos alguns critérios de preservação no emprego, como em favor das pessoas mais vulneráveis ou de mais difícil recolocação no mercado de trabalho. Nada disso, cabe ressaltar, exclui a via do dissídio coletivo para a hipótese de não convergência das vontades.

O art. 477-A da CLT, portanto, na redação dada pela Lei nº 13.467/2017, destoa das normas constitucionais e infraconstitucionais de Direito Coletivo do Trabalho, pois que ausente o viés democrático que impõe franquear ao sindicato profissional participar do procedimento da dispensa coletiva, defeito este que conduz referido dispositivo para a inconstitucionalidade, devendo provocar o legislador a elaborar norma que, democraticamente, considere todos os interesses envolvidos, critério que emerge da gravidade das repercussões econômicas da medida.

7 – Referências bibliográficas

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 3 set. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 3 set. 2020.

DOCTRINA

BRASIL. *Declaração Sociolaboral do Mercosul de 2015*. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/10519-declaracao-sociolaboral-do-mercosul-de-2015-i-reuniao-negociadora-brasilia-17-de-julho-de-2015>. Acesso em: 3 set. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. *DC 00309-2009-000-15-00-4*. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Relator: José Antonio Pancotti. Campinas, 27 mar., 2009. Disponível em: http://busca.trt15.jus.br/search?q=cache:kQNzGId--8QJ:www.trt15.jus.br/voto/padc/2009/000/00033309.rtf+00309-2009-000-15-00-4+inmeta:DS_CLASSE_JUDICIAL_SIGLA%3DDDC&site=jurisp&client=dev_index&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=dev_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8. Acesso em: 19 abr. 2018.

CORRÊA, Lélío Bentes. Normas internacionais do trabalho e direitos fundamentais do ser humano. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 75, n. 1, p. 36-61, mar. 2009. Disponível em https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/6565/004_correa.pdf?sequence=5&isAllowed=y Acesso em: 3 set. 2020.

COSTA, Marcelo Freire Sampaio. Demissões em massa e atuação do Ministério Público do Trabalho. *Revista LTR Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 74, n. 7, p. 824-831, jul. 2010.

D'INTIGNANO, Béatrice Majnoni. *A fábrica de desempregados*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

HUSEK, Carlos Roberto. *Curso básico de direito internacional público e privado do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2010.

MALLET, Estêvão. Dispensa coletiva e negociação sindical. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 111, p. 123-142, jan./fev. 2016. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/133497/129507>. Acesso em: 3 mai. 2018.

MARTINS, Sergio Pinto. *Convenções da OIT*. São Paulo: Atlas, 2009.

MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos*. São Paulo: Boitempo, 2009.

MATTOS NETO, Antônio José de; LAMARÃO NETO, Homero; SANTANA, Raimundo Rodrigues. *Direitos humanos e democracia inclusiva*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MIESSA, Élisson; CHAGAS, Gustavo Luis Teixeira das. *Legislação de direito internacional do trabalho e proteção internacional dos direitos humanos*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

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

DOUTRINA

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEREIRA, Leone. *Manual de processo do trabalho*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

REESE-SCHÄFER, Walter. *Compreender Habermas*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2017.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2002.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Princípios gerais de direito sindical*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. Morfologia da fraude nas relações de trabalho. *Estudos Aprofundados MPT*. Salvador: Juspodivm, 2012.

Recebido em: 18/09/2020

Aprovado em: 03/11/2020

NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

NEW PARADIGMS OF THE COLLECTIVE LABOR LAW

Ivani Contini Bramante*

“Não há uma boa sociedade sem um bom sindicato e não há um sindicato bom que não esteja dentro das periferias.” (Papa Francisco)

RESUMO: Analisamos no presente artigo as transformações do Direito Sindical e seus fundamentos, a partir das alterações legislativas ocorridas nos últimos anos, dentre as quais a Reforma Trabalhista ditada pela Lei nº 13.467/2017, bem como as normas editadas em razão da pandemia de Covid-19, potenciadas pela posição da jurisprudência dos Tribunais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Sindical. Reforma Trabalhista. Pandemia. Covid-19. Liberdade Sindical.

ABSTRACT: *In this article, we analyze the evolution of trade union law and its foundations, with special emphasis on the legislative changes that have occurred in recent years, including the Labor Reform and the rules issued due to the COVID-19 pandemic and its effects on collective labor law.*

KEYWORDS: *Trade Union Law. Labor Reform. Pandemic. COVID-19. Trade Union Freedom.*

1 – Introdução

O Direito do Trabalho passa por céleres transformações, ditadas: (i) pelas novas tecnologias e inventos telemáticos, de manipulação genética e da física quântica; (ii) pela crise política, econômica e social decorrente da mundialização da economia e suas ressonâncias nos países periféricos, verificável pelo trabalho no “limbo”, precário, subterrâneo, informal, e em plataformas digitais; (iii) pelas sucessivas reformas legislativas (Leis ns. 13.429/2017 – Terceirização, e 13.467/2017 – Reforma Trabalhista); (iv) pela potenciada crise na saúde, reconhecida pelo Decreto Legislativo nº 06/2020 e Lei nº 13.979/2020, diante da pandemia de Covid-19, situação de emergência pública, de importância internacional e nacional.

* Desembargadora Federal do Trabalho; doutora pela PUC-SP; especialista em Direito Coletivo pela OIT/Torino/Itália; membro da Academia Brasileira de Direito da Seguridade Social.

2 – Transformações do Direito Coletivo do Trabalho

No passado, os fundamentos políticos, sociais, econômicos e culturais, que deram origem ao sindicalismo, restaram demonstrados na *Encíclica Rerum Novarum* (Das Coisas Novas). Isso se deveu à chamada “questão social”, identificada na sociedade na “classe do proletariado”, cujo único patrimônio radica “força de trabalho” posta à disposição do capital.

Daí, a preconização de identificação das vulnerabilidades das pessoas e a fixação de “um direito novo”, chamado de “direito das desigualdades”. Nesse contexto, o trabalho humano se desgarrou da regulação do Direito Civil e passou a ser objeto de um novo ramo da ciência do Direito: o Direito do Trabalho, nas divisões individual e coletivo.

Segundo lição clássica de Amauri Mascaro Nascimento

“O direito do trabalho tende à realização de um valor: a justiça social. Não é o único meio de sua consecução, mas é uma das formas pelas quais um conjunto de medidas que envolvem técnicas econômicas de melhor distribuição de riquezas, técnicas políticas de organização da convivência dos homens e do Estado e técnicas jurídicas destinadas a garantir a liberdade do ser humano, dimensionando-a num sentido social, visa atingir a justiça social.”¹

Após a Primeira Guerra Mundial, foi identificado um dos fatores de cobiça nas conquistas e consequente colonização: o “trabalho humano”. A Organização Internacional do Trabalho (1919) passa a fixar, em nível internacional, as diretrizes de proteção ao trabalho, a serem alcançadas com o apoio legislativo e fiscalizatório dos Estados-Membros e avançadas pela criação de Sindicatos. Nessa senda, surgem as Convenções Internacionais da OIT ns. 85 (Liberdade Sindical), 98 (Direito à Negociação Coletiva e Vedação de Condutas Antissindicais), 135 (Representação de Trabalhadores no Local de Trabalho), 151 (Liberdade Sindical do Servidor Público), 154 (Reforço ao Direito de Negociação Coletiva) e 158 (Vedação de Despedida Arbitrária).

Em 1998, a OIT ditou uma Carta de Princípios, na qual estabelece quatro os direitos fundamentais: liberdade sindical e reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; eliminação de todas as formas de trabalho forçado; abolição efetiva do trabalho infantil; eliminação de todas as formas de discriminação no emprego ou na ocupação.

1 *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 36.

DOCTRINA

A Agenda 2030 da OIT trata sobre a “Promoção do Crescimento Econômico Inclusivo e Sustentável e o Emprego e Trabalho Digno para Todas as Pessoas”. Incluídos no 8º Objetivo do Desenvolvimento Sustentável (ODS): (i) garantir o pleno emprego e o crescimento econômico sustentável; (ii) acabar com o diferencial de salários entre homens e mulheres; (iii) promover o trabalho digno para os jovens e erradicar o trabalho infantil e o trabalho forçado; (iv) formalizar a economia informal; (v) garantir os direitos no trabalho e ambientes de trabalho seguros e protegidos para todos os homens e mulheres; (vi) proteger os trabalhadores migrantes e criar e estender pisos nacionais de proteção social.

No Brasil, a Consolidação das Leis do Trabalho (1943) regulamentou a liberdade sindical com várias restrições e controles estatais, com fulcro no *princípio da liberdade sindical mitigada*, pelo associativismo categorial e territorial e financiamento sindical por benesse estatal, suportado por contribuições de caráter obrigatório, de natureza tributária, exigidas de sócios e não sócios.

Na contramão dos princípios da Convenção da OIT nº 85, no Brasil a fundação de sindicato é restrito “por categoria” econômica e profissional e em “dada base territorial” municipal, estadual, federal, vedada a criação de mais de um sindicato, na mesma base territorial, que não pode ser inferior a um Município. As pilastras de restrição à liberdade sindical e a simbiose Estado-Sindicato deram origem à “politização sindical”, chamada “corporativismo sindical dentro do Estado”, no qual os Sindicatos passaram ao plano da criação de partidos políticos e a sofrer os fluxos e refluxos da atuação político-partidária, resvalando no poder de barganha da melhoria das condições sociais dos trabalhadores.

A Carta Federal alargou a liberdade sindical e as funções sindicais, assegurando aos trabalhadores: o direito de representação sindical (art. 8º, I e III) e o direito à negociação coletiva. Por isso, a razão de ser da existência dos Sindicatos é o dever-poder de representação e de participação nas negociações coletivas de trabalho (arts. 8º, VI, da CF/88 e 616 da CLT).

O texto constitucional assegurou a “democracia na relação trabalho e capital”, ao conferir aos trabalhadores e empregadores o “poder social e jurídico” de, com sua voz e voto, participarem da fixação e da melhoria das suas condições de trabalho (art. 7º, *caput*, da CF/88).

Por isso, o texto constitucional empresta força normativa aos instrumentos da convenção e acordo coletivo de trabalho (art. 7º, XXVI). Ainda, aponta quais são os agentes negociadores legitimados a criarem normas jurídicas coletivas (sindicatos), bem como fixa o respectivo conteúdo das negociações coletivas, em duas etapas constitucionais: fixar a melhoria da condição social do traba-

lhador (art. 7º, *caput* e inciso XXVI) e criar normas e técnicas de soluções de conflitos coletivos (art. 114, §§ 1º e 2º, da CF/88).

Entretanto, o texto constitucional manteve resquícios do sistema corporativista sindical atrelado ao Estado, retratado nas duas pilastras de coartação da liberdade sindical: a unicidade sindical de categoria e territorial e a contribuição sindical obrigatória.

Na sequência, a Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017), de um lado, prestigiou e revalorizou o sindicalismo e avançou ao ditar a prevalência do negociado sobre o legislado (art. 611 da CLT) e o princípio da intervenção estatal mínima na autonomia da vontade coletiva (§ 3º do art. 8º da CLT). De outro lado, promoveu uma ampla flexibilização das normas legais garantistas de direitos, em matéria de contratação, salário, jornada e despedida. Ainda, a pretexto de remover um dos entraves à plena liberdade sindical, determinou a extinção abrupta da contribuição sindical compulsória, sem a previsão de um período de transição ou alternativa de financiamento sindical. Essas diretrizes enfraqueceram o poder de atuação sindical, máxime no campo das negociações coletivas e manutenção das conquistas sociais.

De acordo com Mauricio Godinho Delgado,

“Os objetivos da reforma, conforme se percebe, foram distintos. Em sua grande maioria, tais objetivos foram direcionados à diminuição do valor trabalho na economia e na sociedade brasileiras, com a elevação dos ganhos econômicos pelo sistema capitalista do País ao longo de seu manejo contratual da força de trabalho. Para tanto, foram perfilados diversos caminhos, porém convergentes: elevação do poder unilateral do empregador no interior do contrato de adesão empregatício; enfraquecimento da imperatividade das regras jurídicas trabalhistas; exacerbação dos poderes da negociação coletiva trabalhista, mas na direção da flexibilização de regras, garantias e direitos fixados em lei; enfraquecimento do sindicalismo de trabalhadores no país.”²

Nessa senda, somem-se as restrições às funções sindicais, pela opção expressa de prestígio e “retorno a autonomia individual” para algumas matérias antes reservadas à negociação coletiva, a exemplo de:

(i) extinção abrupta da contribuição legal sindical obrigatória, sem modulação temporal e/ou previsão de outra fonte de custeio para os não associados (arts. 578-610 da CLT);

2 *Curso de direito do trabalho*. 18 ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 1.691.

DOCTRINA

(ii) extinção da obrigação fiscalizatória sindical de homologação das rescisões contratuais (art. 477 da CLT);

(iii) equiparação entre a despedida individual e coletiva, afastamento da obrigação de intervenção sindical em relação às dispensas coletivas (arts. 477-A e 477-B da CLT); autorização de rescisão contratual por acordo direto entre as partes (arts. 484 e 652 da CLT); e

(iv) autorização de implantação, por acordo individual de: teletrabalho, contrato intermitente, banco de horas, jornada 12x36; compensação e supressão do intervalo para refeição e descanso (art. 59-A *usque* art. 61 e art. 70 *usque* art. 73 da CLT);

(v) verbas, antes consideradas de natureza salarial, passam para o campo da natureza indenizatória, e deixam de incorporar o contrato de trabalho (§ 4º do art. 457 da CLT);

(vi) livre contratação das condições de trabalho e autorização de arbitragem, no caso de trabalhador hipersuficiente, prevalecente sobre as normas coletivas (art. 507-A da CLT).

3 – Transformações do Direito Coletivo do Trabalho na jurisprudência

A par das restrições legislativas do alcance da atuação sindical com a flexibilização de direitos trabalhistas, pela “revalorização da autonomia individual”, a jurisprudência, em interpretação conforme a Constituição, vem demarcando os rumos e campo de atuação do sindicalismo:

(i) Os STF/RE 193.345 (*DJ* 28.05.99); STF/AI 477.298 AgR (*DJE* 13.04.2012); STF/AI 803.632 AgR, *DJE* 12.11.2010, na análise do art. 522 da CLT, mantiveram a limitação do número de dirigentes sindicais para fins de estabilidade sindical (CF/88, art. 8º, I);

(ii) Os STF/ADIns 3.423, 3.392, 3.431, 3.432 e 3.520 coartaram a intervenção judicial nos conflitos coletivos e reputaram constitucional a exigência do comum acordo para a instauração da ação dissídio coletivo, e conferiram o poder Normativo à Justiça do Trabalho para, por sentença normativa, fixar condições de trabalho e direitos sociais (§ 2º do art. 114 da CF/88);

(iii) O STF/Súmula Vinculante nº 40 fixou que a contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da CF só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo;

(iv) O STF/AIRR-46-05.2011.5.09.0009 ao analisar a constitucionalidade do PN nº 119/TST decidiu que é devida só pelos sócios dos sindicatos respectivos;

(v) O STF/ADIn 5.794, de 29.06.2018, decidiu pelo fim da obrigatoriedade da contribuição legal sindical antes prevista nos arts. 548-549 da CLT.

4 – Transformações das funções sindicais na pandemia de Covid-19

Os impactos da crise do novo coronavírus no mundo do trabalho trouxe à tona o papel dos Sindicatos. Por conta da reconhecida força maior (art. 501 da CLT), a legislação potenciou a “autonomia da vontade individual” para flexibilização de direitos e relativizou o ritual da negociação coletiva durante o estado de calamidade pública da pandemia de Covid-19.

Nesse passo, a exemplo, permitiu:

(i) autorizou a implantação de banco de horas, teletrabalho, férias antecipadas, redução de jornada salário, suspensão de contrato de trabalho e outras adaptações do Direito Emergencial do Trabalho, tudo por acordo individual do trabalho, com mera notificação, *a posteriori*, aos Sindicatos da categoria, conforme Medidas Provisórias ns. 927/2020 e 936/2020, esta última convertida na Lei nº 4.020/2020;

(ii) autorizou o empregador, a seu critério e “por mera liberalidade”, a conferir ultratividade das normas coletivas vencidas e vincendas durante a pandemia (art. 30 da MP nº 927/2020), com o que criou um “vazio normativo” no seio da categoria referente às conquistas sociais antes alcançadas via negocial;

(iii) a utilização de meios eletrônicos nos atos procedimentais de negociação coletiva (convocação, deliberação assemblear), bem como a formalização e publicidade das convenções e acordo coletivo de trabalho (MP nº 936, art. 17, convertida na Lei nº 14.020/2020).

Muitas questões foram judicializadas e o STF/ADIn 6.363, na ação movida contra a Medida Provisória nº 936/2020, em 17.04.2020, confirmou a validade de acordos individuais para redução de jornada e de salário e para suspensão contratual. Permaneceu a obrigação de comunicação ao sindicato profissional, no prazo de dez dias, mas os acordos individuais não dependem do sindicato profissional para ter validade.

5 – Novos paradigmas nas funções sindicais

Há um redesenho claro na realidade social do sistema de liberdade sindical, a exigir uma efetiva representatividade de fato, fundada na legitimidade e não só na legalidade, com densidade associativa real e pujante e contribuições sindicais voluntárias, e sem amarras estatais.

Portanto, notam-se as transformações no desempenho real das seguintes funções sindicais.

Na função política: segue na senda da efetiva representação somente dos sócios, e não uma representação fictícia de sócios e não sócios. Reina uma discreta mutação do conceito de “categoria” como sinônimo de sócios. Por consequência, a arrecadação de contribuição sindical segue o novo modelo: contribuição voluntária dos sócios.

Na função de defesa efetiva dos interesses econômicos e sociais da categoria: trilha de modo a buscar sempre a melhoria da condição social em ponderação com a sobrevivência da empresa, para manter a empregabilidade e os postos de trabalho. Assim, segue em um misto de “retorno da autonomia individual” e um papel sindical de adequação setorial negociada, pela técnica da “prevalência do negociado sobre o legislado”.

Na função jurídica, de negociação coletiva, de criação e fiscalização das normas e condições de trabalho: caminha para a “adaptação” das condições de trabalho, de acordo com a realidade econômico-social cambiante, e em cotejo com as especificidades, produtividade, economicidade da empresa. Assim, verificam-se os “Acordos Coletivos de Adaptação” que se desgarram e prevalecem sobre as Convenções Coletivas de Trabalho (art. 620 da CLT), pelas cláusulas normativas de “remissão” à negociação localizada no chão de fábrica.

6 – Conclusão: o novo pacto social

A pandemia de Covid-19 paralisou o mundo, e o governo brasileiro tomou várias medidas urgentes. Nesse passo, a lei autorizou o “acordo individual” para flexibilização de direitos, dentre os quais, a redução de jornada e salários, prevista no art. 7º, inciso VI, da CF/88, sem a intervenção prévia sindical, assegurada intervenção *a posteriori* (art. 11, *caput* e § 4º da MP nº 936/2020, convertida na Lei nº 14.020/2020), tudo sob a chancela do STF/ADIn 6.363.

As determinantes econômicas, sociais e culturais, reinantes entre nós, fragilizadas pela calamidade pública de Covid-19, mostram a necessidade de identificação dos fatores e critérios dos novos paradigmas para o chamado

“Novo Direito do Trabalho Individual e Coletivo” ou “Direito do Trabalho do Futuro 5.0”. A Agenda 2030 da OIT “Promoção do Crescimento Econômico Inclusivo e Sustentável e o Emprego e Trabalho Digno para Todas as Pessoas” vem na mesma linha da inserção do homem no mundo do trabalho decente.

Mister se faz abraçar os novos rumos dos direitos de quinta geração e sulcar seus fundamentos e bem assim resgatar os vetustos princípios da dignidade da pessoa humana, da ética, boa-fé, solidariedade e da compaixão. Dessa feita, após essas breves considerações, temos que há um único paradigma a seguir: “O Estado Humanista” e o “Capital Humanista”.

Do ponto de vista das funções dos Sindicatos, o vetusto paradigma centrado no poder-dever de realizar a dignidade ao trabalhador que vende sua força de trabalho deve ser reforçado.

Mister se faz o resgate da ética e do solidarismo; da concertação social fundada no diálogo; da revalorização dos princípios da dignidade da pessoa humana e do trabalho humano; dos traçados de novas formas de solução de conflitos; da “inserção da dimensão social no capital”, com reforçamento do diálogo e democracia na relação trabalho capital, a partir da efetiva liberdade e combatividade sindical.

Nesse contexto, o Papa Francisco registra a necessidade de inserção do social na dimensão do capital, e que as entidades sindicais vêm perdendo a sua natureza e tornando-se demasiadamente semelhantes às instituições e poderes que deveriam criticar. Assim, aponta a importância da atuação das entidades sindicais na construção de “um novo pacto social”, pois “não há uma boa sociedade sem um bom sindicato e não há um sindicato bom que não esteja dentro das periferias” (mensagem do Papa Francisco, endereçada aos delegados da Confederação Italiana Sindical dos Trabalhadores – CISL. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2017/06/28/papa-francisco-elogia-sindicatos-e-clama-por-novo-pacto-social>. Acesso em: 28 jun. 2018).

O comprometimento do Estado e da Sociedade, empresários e trabalhadores, na correção dos desacertos econômico-sociais, pelo diálogo aberto, transparente e ético e de boa-fé; bem como o apoio das instituições democráticas, fortes e atuantes, comprometidas com o afastamento do radicalismo e da intransigência, são condições *sine qua non* da manutenção indene da travessia perene da humanidade na prevenção das mortes decorrentes do trabalho precário, o aumento do desemprego, da pobreza e de exclusão social.

Eis a eterna reflexão e ponderação: a inserção do social na dimensão do capital e a revalorização do princípio da inafastabilidade da tutela sindical. Urge

manter o caráter progressista do Direito do Trabalho de melhoria da condição social, no ambiente das novas tecnologias e reduzir a marginalização e as desigualdades sociais e econômicas.

7 – Referências bibliográficas

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BRANCO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Método, 2007.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. São Paulo, Saraiva, 2011.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- NASCIMENTO, Amaury Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000.
- NASCIMENTO, Amaury Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- PINTO, José Augusto Rodrigues. *Direito sindical brasileiro*. São Paulo: LTr, 1993.
- RIVERO, Jean. *Les libertés publiques: I – les droits del’homme*. Paris: PUF, 1980. v. II.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I.
- SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; BRANCO, Ana Maria Saad Castello. *Consolidação das Leis do Trabalho comentada*. 33. ed. São Paulo: LTr, 2001.
- SCHMITZ, Julia. *La théorie de l’institution du doyen Maurice Hauriou*. Paris: L’Harmattan, 2013.
- SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003.

Recebido em: 17/09/2020

Aprovado em: 03/11/2020

Parte 3 – Temas de Direito Processual do Trabalho

A POSSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RECURSO DE REVISTA NO CASO DE VIOLAÇÃO DE CONVENÇÕES DA OIT

THE POSSIBILIBLE USE OF THE LEGAL APPEAL CONCERNING VIOLATION OF ILO CONVENTIONS

Lucas Silva de Castro*

Ana Virginia Moreira Gomes**

Sarah Linhares Ferreira Gomes***

RESUMO: Este artigo examina os pressupostos para o conhecimento do recurso de revista e seu uso no caso de violações de convenções da OIT ratificadas pelo Brasil. O Estado brasileiro tem assumido compromissos no âmbito do Direito Internacional concernentes aos direitos humanos no trabalho, que devem ser observados na interpretação e aplicação das normas. Essa análise se inicia com um estudo da natureza dos tratados internacionais no direito brasileiro, enfatizando-se a posição das convenções da OIT na hierarquia normativa do ordenamento jurídico. A seguir, examina a aplicação pelos tribunais do controle de convencionalidade, sendo analisadas decisões do TST e a possibilidade de conhecimento do recurso de revista em face de violações de regras e princípios dispostos em convenções da OIT ratificadas pelo Brasil. Foi realizada pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, com abordagem qualitativa. O estudo conclui que o Poder Judiciário deve observar as convenções internacionais na produção jurisprudencial, sem limitações de análise por quaisquer tribunais em face da interpretação literal da norma, cabendo também ao TST, em sede de recurso de revista, a concretização dos direitos fundamentais dos trabalhadores, com o intuito de garantir um ordenamento jurídico que assegure a observância dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de Convencionalidade. Recurso de Revista. Convenções. OIT.

ABSTRACT: This article examines the assumptions for knowledge of the magazine resource and its use in the case of violations of ILO conventions ratified by Brazil. The Brazilian State has made commitments under international law regarding hu-

* Juiz do trabalho da 16ª Região; mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza; membro do Núcleo de Estudos Sobre Direito do Trabalho e da Seguridade Social (NETDS) da Universidade de Fortaleza.

** Doutora pela Universidade de São Paulo; pós-doutorado na School of Industrial and Labor Relations da Cornell University; professora da Pós-Graduação em Direito Constitucional e do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza; coordena o Núcleo de Estudos Sobre Direito do Trabalho e da Seguridade Social (NETDS) da Universidade de Fortaleza.

*** Advogada; membro do Núcleo de Estudos Sobre Direito do Trabalho e da Seguridade Social (NETDS) da Universidade de Fortaleza.

man rights at work, which must be observed in the interpretation and application of standards. This analysis begins with a study of the nature of international treaties in Brazilian law, emphasizing the position of ILO conventions in the normative hierarchy of the legal system. It then examines the application by the courts of the control of conventionality, being analyzed decisions of the TST and the possibility of knowledge of the review appeal in the face of violations of rules and principles arranged in ILO conventions ratified by Brazil. Bibliographic and jurisprudential research was conducted, with a qualitative approach. The study concludes that the Judiciary must observe international conventions in the production of jurisprudence, without limitations of analysis by any court in view of the literal interpretation of the standard, and it is also the responsibility of the TST, in the appeal of the journal, the realization of the fundamental rights of workers, in order to ensure a legal system that ensures compliance with international commitments made by Brazil.

KEYWORDS: *Conventionality Control. Legal Review. Conventions. ILO*

1 – Introdução

As convenções da OIT são tratados internacionais que expressam um núcleo fundamental de justiça no trabalho. A OIT tem como um de seus objetivos a universalização dessas condições justas de trabalho, vinculando os Estados que ratificam as convenções à observância de tais normas no campo legislativo, no plano jurisprudencial e no âmbito do diálogo entre os atores sociais.

As 98 convenções internacionais do trabalho, tratados internacionais de direitos humanos, ratificadas pelo Brasil até o momento – 2020 – foram ratificadas sem o quórum qualificado atribuído às emendas constitucionais, portanto, têm *status* supralegal, conforme a jurisprudência do STF. De acordo com essa hierarquia, sua validade paralisa a eficácia de legislação infraconstitucional incompatível com as disposições da convenção.

As convenções ratificadas devem ser aplicadas pelas Cortes e Tribunais na formação de seus precedentes. A posição hierárquica superior pode resultar irrelevante, entretanto, caso tais normas não sejam objeto de decisões judiciais e não servirem de fundamento jurídico de sentenças e acórdãos na prática das Cortes trabalhistas.

Esse desafio justifica o estudo da fundamentação jurídica de decisões do TST que impedem a análise, em sede de recurso de revista, de decisões judiciais que parecem violar convenções da OIT, ou dão a essas interpretação diversa daquela dada por outros tribunais regionais do trabalho ou pelo próprio TST.

Este estudo examina os pressupostos para o conhecimento do recurso de revista e seu uso no caso de violações de convenções da OIT ratificadas pelo Brasil, propondo pela utilização do recurso de revista como meio de controle de convencionalidade por meio de uma interpretação que priorize a concretização dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Foi realizada pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, com abordagem quantitativa e qualitativa. Para tanto, a pesquisa foi embasada por meio de um exame bibliográfico e documental de livros e artigos científicos, além de dados coletados no sítio do TST, especificamente em consulta jurisprudencial, utilizando-se o termo “convenção da OIT”, em que foram analisadas 600 decisões judiciais com recorte temporal de 2009 a 2019, sendo 60 decisões judiciais para cada ano.

2 – Controle de convencionalidade no direito brasileiro

O controle de convencionalidade é um instrumento reconhecido no ordenamento jurídico pátrio que cumpre a função de identificar a compatibilidade das normas infraconstitucionais com as convenções internacionais que versam sobre direitos humanos.

Os tratados internacionais de direitos humanos, quando incorporados no ordenamento jurídico por meio da conjugação de vontade entre os Poderes Legislativo e Executivo, passam a ter validade interna. O controle de convencionalidade decorre diretamente da ordem constitucional que reconhece, no art. 5º, § 2º, a abertura do nosso sistema de direitos fundamentais para direitos humanos garantidos em tratados internacionais.

Outro fundamento para aplicação do controle de convencionalidade está no entendimento do STF de que convenções internacionais que consagram direitos humanos possuem hierarquia supralegal, sendo superior frente às demais normas infraconstitucionais.

A referida tese tem, como uma de suas implicações, a necessidade de harmonização das normas infraconstitucionais frente às convenções que versam sobre direitos humanos, não podendo haver contrariedade material. Caso sejam contrárias e não harmônicas, as normas infraconstitucionais devem ser declaradas inconvencionais.

Mazzuoli (2011, p. 96) aduz que a harmonia das leis infraconstitucionais perante a Constituição Federal não lhes garante a total certeza de validade na ordem jurídica pátria. Isso, porque para as normas infraconstitucionais lograrem validade, devem ser compatíveis com o texto constitucional e com as convenções internacionais ratificadas pelo Estado. Daí falar-se na “teoria da dupla compatibilidade vertical material” (MAZZUOLI, 2011, p. 117)¹.

1 O controle de convencionalidade difere do controle de constitucionalidade das leis infraconstitucionais, uma vez que aquele tem como paradigma as convenções internacionais, enquanto o controle de constitucionalidade utiliza as normas constitucionais como parâmetro de validade. Na mesma linha de raciocínio, Russowsky (2012, p. 64) preceitua que o controle de constitucionalidade se embasa no princípio da supremacia constitucional, enquanto o controle de convencionalidade tem como fundamento a obrigatoriedade de observância dos pactos internacionais (*pacta sunt servanda*).

A elaboração das leis, competência típica do Poder Legislativo, pode ser utilizada tanto como instrumento de promoção e proteção aos direitos humanos quanto como mecanismo de afronta a esses mesmos direitos (BELTRAMELLI NETO; KLUGE, 2017, p. 3).

O controle de convencionalidade irá, portanto, contribuir para a consecução da proteção aos direitos humanos pelo ordenamento jurídico brasileiro, garantindo a concretização da democracia e da caracterização do país como Estado Democrático de Direito. Pode ser exercido no Poder Judiciário, de forma repressiva, semelhantemente ao controle de constitucionalidade, na via difusa ou concentrada, a depender do órgão judicial competente para apreciar a questão.

Com relação ao controle de convencionalidade na via difusa, depreende-se que todos os juízes e tribunais brasileiros possuem o dever de observar e aplicar os tratados internacionais, declarando normas infraconstitucionais inválidas, caso não estejam em harmonia com aqueles.

Já o controle concentrado seria exercido unicamente pelo Supremo Tribunal Federal ou outro organismo internacional. O objetivo do referido instrumento de controle das normas é assegurar a proteção aos direitos humanos no âmbito da ordem jurídica interna, gerando o reconhecimento da força jurídica dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e também proporcionando maior segurança jurídica às relações jurídicas.

O controle de convencionalidade deve ser interpretado como uma matéria de ordem pública, dada a importância para o direito brasileiro, podendo ser apreciado de ofício por quaisquer magistrados, desembargadores ou ministros, à semelhança da sistemática do controle de constitucionalidade².

Com relação à harmonia entre as convenções internacionais que versam sobre direitos humanos e as normas infraconstitucionais, é possível o controle das referidas normas no âmbito do controle concentrado interno de constitucionalidade.

Nessa hipótese, o STF, ao analisar a questão da constitucionalidade da norma infraconstitucional, no âmbito da Ação Direta de Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade (ADC ou ADI), deve, mesmo que de forma complementar, enfrentar também a matéria acerca da convencionalidade da norma impugnada,

2 De acordo com Henning e Dalenogare (2017, p. 114), é possível se observar também o controle de convencionalidade na forma preventiva, no âmbito do Poder Legislativo, quando do recebimento do projeto de lei, devendo ser objeto de análise pela Comissão de Constituição e Justiça e pelo plenário. Ademais, o controle de convencionalidade também é concretizado na seara do Poder Executivo, no momento da sanção ou veto presidencial.

em razão da disposição do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal (HENNING; DALENOGARE, 2017, p. 116).

Por outro lado, Mazzuoli (2011, p. 135) afirma que apenas é possível uma análise abstrata da norma no âmbito do controle concentrado de convencionalidade na hipótese do tratado internacional ser considerado emenda constitucional na forma do art. 5º, § 3º, do Texto Constitucional. Souza e Matos (2012, p. 69) também seguem o mesmo entendimento.

De acordo com o entendimento de Henning e Dalenogare (2017, p. 116), não há possibilidade de ajuizamento de ADI ou ADC com o escopo de analisar, unicamente, a inconvenção de uma norma infraconstitucional frente a um tratado internacional que verse sobre direitos humanos, que não foi incorporado sob a forma de emenda constitucional, na forma do § 3º do art. 5º da CF/88.

É possível, entretanto, a utilização de ADPF com o intuito de verificar, apenas e tão somente, os tratados incorporados na ordem jurídica pátria, seja pela forma de emenda à Constituição ou não, com base na lesão ao preceito fundamental expresso no art. 5º, § 3º, como também nos direitos e garantias fundamentais consagrados no art. 5º, § 2º, da CRFB/88.

O controle de convencionalidade, tendo como base as convenções internacionais da OIT, deve ser exercido, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro é obrigado a observar tais normas internacionais, na hipótese de ratificação dessas normas. A doutrina majoritária sustenta que as convenções internacionais da OIT possuem *status* supralegal, uma vez que consagram direitos humanos dos trabalhadores, essenciais para uma existência com dignidade.

Para Mazzuoli e Sousa Franco (2016, p. 172), as convenções internacionais do trabalho “são tratados humanos em sentido estrito”, e, quando ingressam no ordenamento jurídico, passam a ter “*status* materialmente constitucional”³.

3 Nessa seara, existe uma divergência quanto a hierarquia das convenções internacionais da OIT, no sentido de lograrem *status* constitucional ou de supralegalidade. Bomfim (2017, p. 50-51) aduz que nem todas as convenções internacionais da OIT podem ser consideradas como tratados de direitos humanos. Para caracterizar a norma internacional como tal, faz-se necessário analisar a definição dos direitos humanos à luz da teoria crítica, no qual deve estar presente o “tríplice conteúdo da dimensão ética”, quais sejam: cidadania, dignidade e justiça social. Nesse passo, afirma-se que as convenções fundamentais da OIT e aquelas que versam sobre o direito à saúde e segurança no trabalho são consideradas tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, e, por conseguinte, incidem os efeitos decorrentes desse reconhecimento. No mesmo sentido da tese levantada por Mazzuoli, Bulos (2014, p. 721) afirma que o art. 5º, § 2º, da CF/88 é considerado “cláusula geral de recepção”, e por meio da exegese desse dispositivo, as convenções internacionais de direitos humanos teriam *status* constitucional.

DOCTRINA

Apesar do *status* supralegal, a doutrina aponta que o controle de convencionalidade no caso das convenções da OIT ratificadas é utilizado apenas de forma pontual⁴. Um dos possíveis motivos para a pouca utilização do controle de convencionalidade, especificamente, pelo Tribunal Superior do Trabalho – TST, refere-se à ausência de expressa previsão legal, dentre os pressupostos para o conhecimento do recurso de revista, de violações de convenções da OIT ratificadas pelo Brasil, como será analisado a seguir.

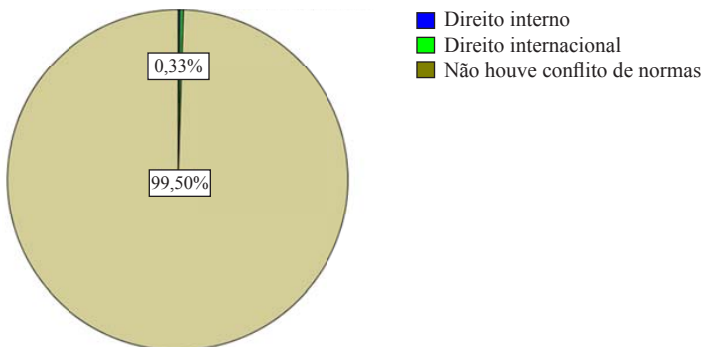
3 – O controle de convencionalidade na jurisprudência do TST

Em que pese o controle de convencionalidade ser um instrumento essencial para a aplicabilidade e o reconhecimento da força normativa das convenções da OIT, esse não está sendo aplicado de forma satisfatória pelo TST. Em pesquisa empírica realizada neste estudo, das 600 decisões judiciais coletadas, apenas três versaram sobre o conflito de normas interna e internacional. Entretanto, nenhuma decisão citou o termo “controle de convencionalidade”.

Gráfico 1 – Conflito entre norma interna e convenção internacional da OIT

Na hipótese de conflito entre as normas de direito interno e internacional, o órgão julgador decidiu a preponderância de qual norma?

		Frequência	Porcentagem	Porcentagem válida	Porcentagem cumulativa
Válido	Direito interno	1	0,2	0,2	0,2
	Direito internacional	2	0,3	0,3	0,5
	Não houve conflito de normas	597	99,5	99,5	100,0
	Total	600	100,0	100,0	



Fonte: Dados coletados pelos autores.

4 Essa foi a conclusão de Beltramelli Neto e Kluge (2017, p. 113) ao realizarem uma pesquisa unificada jurisprudencial no *site* do TST, utilizando-se do termo “convencionalidade” como critério de busca. Beltramelli Neto e Torres (2019, p. 63) concluem no mesmo sentido em pesquisa que examina acórdãos do TST e dos TRTs de São Paulo, Campinas e Rio de Janeiro.

DOCTRINA

As decisões judiciais que discutiram sobre o conflito entre norma interna e norma internacional versaram sobre as convenções internacionais da OIT ns. 141⁵, 171⁶ e 181⁷, que aludem sobre as seguintes matérias: organização dos trabalhadores rurais, trabalho noturno, e, por fim, às agências de empregos privados. A ausência do controle de convencionalidade de uma forma geral na jurisprudência, no entanto, fragiliza a força normativa das convenções da OIT, podendo gerar grave insegurança jurídica para os direitos dos trabalhadores.

As convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil possuem validade interna e devem ser aplicadas obrigatoriamente pelos magistrados e tribunais brasileiros. Das 600 decisões judiciais proferidas pelo TST examinadas na pesquisa, a maioria não aplicou as convenções internacionais, resultando em 323 casos de decisões não aplicadas e 277 casos de decisões aplicadas.

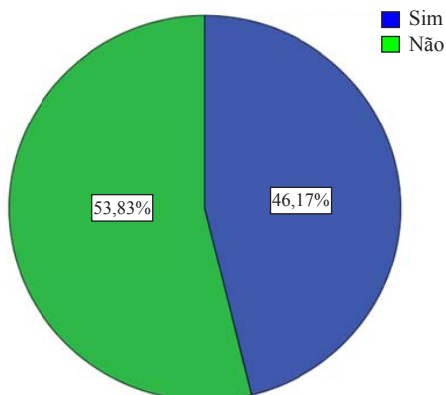
Gráfico 2 – A convenção da OIT foi aplicada ou não pelo TST

A convenção foi aplicada ou não aplicada?

		Frequência	Porcentagem	Porcentagem válida	Porcentagem cumulativa
Válido	Sim	277	46,2	46,2	46,2
	Não	323	53,8	53,8	100
	Total	600	100,0	100,0	

-
- 5 No caso referente à Convenção Internacional nº 141 da OIT, especificamente no processo sob o nº 101040-51.1999.5.15.0120, a sexta turma do TST, em sessão realizada no dia 25 de novembro de 2009, manifestou entendimento pela preponderância da norma internacional, em razão de ser mais benéfica ao trabalhador e pela sua hierarquia supralegal. A Lei nº 5.889/73, que regulamenta o trabalho rural, identifica o trabalhador rural, com base nas atividades do empregador. Já a referida norma da OIT caracteriza tal espécie de empregado, a partir do exercício de atividades exercidas por ele, sendo assim considerado, caso labore em atividades agrícolas, artesanais ou outras semelhantes. A decisão judicial em discussão entendeu que a Convenção nº 141 da OIT ampliava o conceito de trabalhador rural, possibilitando, no caso concreto, a aplicação dos direitos destinados a tal espécie de trabalhador. Ademais, o TST entendeu que a norma internacional versava sobre direitos humanos, possuindo, dessa maneira, hierarquia de supralegalidade, o que ensejou a preponderância na norma internacional.
- 6 No que concerne a decisão judicial relativa à Convenção nº 171 da OIT, notadamente no Processo de nº 10065-53.2016.5.03.0012, a terceira turma do TST, por ocasião da sessão realizada no dia 13 de dezembro de 2017, discutiu sobre o conflito entre a Convenção nº 171 da OIT e o art. 73, § 2º, da CLT. A decisão reconheceu o conflito entre a norma internacional e norma interna, mas afastou a incidência da primeira, em face da norma constante na CLT ser mais benéfica ao trabalhador, visto que proporcioná-lo-ia o direito ao adicional noturno. Verifica-se, assim, obediência ao artigo 19, § 8º, da Constituição da OIT, que consagra o princípio da norma mais favorável ao trabalhador.
- 7 No que se refere à decisão que versou sobre a Convenção nº 181 da OIT, no Processo de nº 1829-57.2016.5.13.005, a quarta turma do TST, na sessão que aconteceu no dia 18 de dezembro de 2018, intermediou conflito referente à aplicação da legislação nacional ou estrangeira na celebração de um contrato trabalhista. Foi aplicada a Convenção nº 181 da OIT, que dispõe acerca das agências de emprego privadas, afastando, assim, a incidência da legislação trabalhista brasileira, pois o contrato celebrado entre as partes havia sido firmado para prestar serviços em uma embarcação, em território distinto do Brasil.

DOCTRINA



Fonte: Dados coletados pelos autores.

Essa constatação evidencia que, mesmo havendo posicionamentos pontuais do TST, no sentido de reconhecer a obrigação de aplicação das convenções da OIT, os operadores do direito brasileiro ainda não realizam de forma adequada a necessária integração entre o direito interno e o direito internacional.

No âmbito do TST, é comumente verificada a defesa da tese da inobservância a convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil, em sede de recurso de revista, como forma de o recorrente tentar reverter a decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho.

Conforme foi mencionado, a maioria das decisões judiciais analisadas não aplicaram as convenções internacionais da OIT, resultando em 323 casos de inaplicabilidade. Os casos de não aplicação de tais normas fundamentaram-se com frequência na ausência da hipótese de cabimento recursal do recurso de revista no art. 896 da CLT⁸ referente à lesão ou inobservância às convenções internacionais, ocasionando, assim, a sua inadmissibilidade. Quando a

8 Como exemplo, cita-se trecho da decisão proferida pela terceira turma do Tribunal Superior do Trabalho, na sessão realizada no dia 04 de junho de 2008, no Processo de nº 44414/2002-900-06-00.1, que denegou o Recurso de Revista por ausência da hipótese de cabimento de lesão ou inobservância à Convenção da OIT: “A reclamante aponta ofensa aos arts. 462 da CLT e 7º, XIV, da Carta Magna, além de colacionar arestos. Invoca os termos do artigo 6º da Convenção nº 95 da OIT. Registre-se, inicialmente, que não existe no ordenamento jurídico a previsão de cabimento do recurso de revista por desrespeito à Convenção da OIT”. No mesmo sentido, a segunda turma do Tribunal Superior do Trabalho, nos autos do Processo 425.949/98.0, por ocasião da sessão realizada no dia 5 de setembro de 2001, manifestou o seguinte entendimento: “em suas razões vem o reclamante alegando divergência jurisprudencial com os arestos de fls. 99/105 e violação da Convenção nº 158/OIT, sustentando que esta Convenção é constitucional, autoexecutável em virtude de sua ratificação e impede dispensas que não sejam socialmente justificáveis em todo o território nacional. Cumpre ressaltar, em princípio, que não se encontra albergada pelo art. 896, c, da Consolidação das Leis do Trabalho a hipótese de cabimento da Revista por violação de Convenção da OIT”.

convenção internacional da OIT era aplicada por ocasião da referida espécie recursal, baseava-se conjuntamente em outros dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, utilizando a norma internacional apenas como “argumento subsidiário” e nunca como argumento principal e único.

O recurso de revista possui previsão no art. 896 da CLT e é considerado “um recurso eminentemente técnico”, que possui o escopo de assegurar a uniformização da interpretação da legislação no âmbito dos tribunais do trabalho. Não possui, assim, o intuito de apreciar os aspectos fáticos, mas tão somente as questões jurídicas (SARAIVA, 2009, p. 555). Uma das suas hipóteses de cabimento, dentre outras, concerne à decisão judicial que violar “literal disposição de lei federal ou afronta direta e literal à Constituição Federal” (art. 896 da CLT).

O art. 896 da CLT apresenta um rol taxativo, não admitindo, portanto, a sua aplicação em outros casos que não estejam previstos na legislação. Está sujeito também ao duplo juízo de admissibilidade, sendo esse exercido tanto pelo juízo *a quo* quanto pelo juízo *ad quem* (PEREIRA, 2018, p. 791). Nessa fase recursal, são analisados os requisitos de admissibilidade, e caso sejam satisfeitos, realiza-se a apreciação meritória do recurso interposto.

A ausência da hipótese de cabimento do recurso, referente à lesão ou inobservância a tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, constitui um óbice para a apreciação meritória das convenções da OIT no âmbito do TST, ocasionando, por conseguinte, a sua inadmissibilidade recursal.

Contudo, já existem decisões pontuais no TST que admitem o recurso de revista em face da violação de tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, como verificado no acórdão proferido pela sétima turma do TST nos autos do Processo de nº 1076-13.2012.5.02.0049, em sede do agravo de instrumento em recurso de revista, na sessão realizada no dia 24 de maio de 2019⁹.

No caso, discutia-se a possibilidade de processamento do recurso de revista em face da inobservância aos artigos 2º e 27, inciso I, alínea *i*, da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, com o objetivo de possibilitar a apreciação do mérito recursal pelo TST. O Agravo de Instrumento foi julgado procedente, possibilitando a apreciação meritória do recurso de revista, que, posteriormente, também foi julgado procedente, no sentido da aplicação da norma internacional.

9 Para acessar a decisão do Tribunal Superior do Trabalho na íntegra, acessar o site eletrônico: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1076&digitoTst=13&anoTst=2012&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0049&submit=Consultar>.

O processo versava sobre o caso de uma ex-empregada de uma determinada instituição bancária que solicitou a facilitação de acesso ao ambiente de trabalho, uma vez que esta possui limitação física, sendo vítima de paralisia cerebral; contudo, o pedido foi negado.

O TRT da 2ª Região manifestou entendimento de que “inexiste no ordenamento jurídico, e mesmo no complexo das normas protetoras da pessoa com deficiência, qualquer previsão que obrigue a distribuição geográfica dos postos de trabalho” e “a mudança de local de trabalho, desde que não implique alteração do domicílio do empregado, está inserida no poder diretivo do empregador, conforme se infere do art. 469 da CLT, não configurando alteração contratual lesiva”.

A sétima turma do TST, contudo, modificou o entendimento emanado pelo TRT da 2ª Região, determinando a condenação do banco ao pagamento de indenização por danos morais equivalente a R\$ 100 mil, com base na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Entendeu o relator do recurso, Ministro Cláudio Brandão, que “não mais se admite postura passiva das empresas em relação ao direito às adaptações razoáveis” e também “não lhes cabe apenas oferecer vagas para pessoas com deficiência ou reabilitadas e esperar que se adéquem ao perfil exigido”. Ainda, fundamentou a decisão com base na Convenção nº 159 da OIT, que versa sobre a reabilitação profissional e o emprego de pessoas com deficiência.

Assim, percebe-se que a decisão acima explicitada realizou a necessária e importante integração entre o direito interno e o direito internacional, reconhecendo as obrigações estatais perante a comunidade internacional, de forma a garantir uma maior proteção ao direito dos trabalhadores.

Nesse sentido, Bomfim (2017, p. 46) alude que “a máxima efetividade dos direitos humanos, assim, deve ser sempre garantida por meio do diálogo entre a legislação interna e a internacional ratificada”. A referida decisão demonstra um avanço no posicionamento do TST acerca da possibilidade de interposição do recurso de revista em face de tratados internacionais, porém deve ser ressaltado que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência tem *status* constitucional, por ter sido aprovada com o quórum qualificado referente às emendas constitucionais e o seu conhecimento, portanto, tem como fundamento a violação à Constituição Federal.

Outro argumento comumente trazido ao TST, no âmbito do recurso de revista, é a ausência de prequestionamento acerca das lesões ou inobservâncias às convenções da OIT. O prequestionamento é um requisito previsto para os

recursos de competência dos tribunais superiores – recurso especial, extraordinário e de revista –, que exige a alegação e discussão prévia pelo juízo *a quo* acerca da questão que está sendo objeto do recurso.

Tal exigência tem o escopo de filtrar as matérias que serão discutidas no âmbito dos tribunais de superposição, evitando a acumulação de processos, bem como privilegiando o debate de questões imprescindíveis para o ordenamento jurídico.

Sendo assim, faz-se necessário que os operadores do direito levem ao TST a discussão acerca da inobservância ou lesão às convenções internacionais da OIT, alegando a matéria desde a primeira oportunidade no âmbito da primeira instância da Justiça do Trabalho, satisfazendo, assim, o requisito do prequestionamento. Logo, adotando a referida postura, conjugada com a argumentação da interpretação extensiva das hipóteses de cabimento do recurso de revista, haverá uma maior apreciação meritória das convenções da OIT no âmbito do TST.

Ressalte-se que o prequestionamento se faz necessário para o conhecimento do recurso de revista, porém, no julgamento do mérito, o Tribunal deve utilizar o controle de convencionalidade de ofício, assim como faz com o controle de constitucionalidade, mesmo em recursos de revista conhecidos por motivos alheios às convenções da OIT.

O controle de convencionalidade ou de suprallegalidade deve ser feito pelos tribunais de forma difusa, a exemplo do controle de constitucionalidade, independentemente de questionamento das partes, pois se faz necessário o duplo controle de verticalidade, já que as normas internas devem ser compatíveis tanto com a Constituição quanto com os tratados internacionais ratificados pelo país, não podendo o TST aplicar legislação cuja eficácia fora paralisada pela ratificação de um tratado internacional (GUERRA, 2017, p. 6).

4 – A violação das convenções da OIT como requisito do recurso de revista

A Constituição dispõe em seu art. 111-A, § 1º, que “a lei disporá sobre a competência do Tribunal Superior do Trabalho”. Diferentemente do STJ e do STF, cujas competências estão discriminadas no texto constitucional, o TST tem sua atuação delineada pela lei ordinária, espaço ocupado pela CLT, sendo o recurso de revista o principal instrumento jurídico de acesso à instância extraordinária da Justiça Trabalhista.

No rol de hipóteses para o cabimento do recurso de revista previsto no art. 896 da CLT, observam-se os requisitos de violação literal de disposição

de lei federal ou de interpretação diversa dada a essa por diferentes órgãos julgadores e pergunta-se: o TST pode reformar decisões judiciais que violam os tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro?

A resposta negativa é fornecida pelo próprio TST, com o já citado não conhecimento do recurso de revista em razão da ausência de previsão expressa de manejo do referido recurso, quando a regra violada é referente a um tratado internacional, que, no entendimento daquele órgão, deve ficar limitado às instâncias ordinárias da Justiça do Trabalho.

Antes de uma análise mais acurada sobre o tema, deve-se recordar que a Constituição Federal de 1988 dispõe competir privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional (art. 84, VII, da CF/88), sendo competência da União manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais (art. 21 da CF/88).

Essa competência da União é justificada por ser essa a responsável por representar o país na celebração de tratados internacionais, através do Presidente da República, sendo o Estado brasileiro, também representado pela União, o ente a ser responsabilizado em caso de descumprimento de normas internacionais. Quem responde pela violação de direitos humanos em presídios mantidos por governos estaduais, no âmbito internacional, por exemplo, não são os Estados, mas o Estado brasileiro (GIUNCHETTI, 2010, p. 74).

No âmbito trabalhista, essa correspondência é ainda mais intensa, já que compete privativamente à União legislar sobre direito do trabalho, ramo da ciência jurídica que tem as convenções da OIT, tratados internacionais, como referência tanto para a produção legislativa quanto para a jurisprudencial.

As convenções da OIT têm natureza de norma jurídica de direito internacional, obrigando, no plano do direito internacional, os Estados-Membros que as ratificarem, devendo ser observadas no âmbito do direito interno, após o processo legislativo de incorporação determinado pela Constituição de cada país.

Esses tratados internacionais visam atender ao princípio da universalidade dos direitos humanos, estabelecendo um patamar mínimo fundamental de direitos para o ser humano enquanto trabalhador, com a meta de aplicação homogênea dos direitos trabalhistas no mundo.

Não há, portanto, sob pena de descumprimento de compromissos assumidos na seara internacional, como afastar do órgão de superposição da Justiça do Trabalho a resolução de lides envolvendo as convenções da OIT, especialmente quando há violação das regras e princípios nelas dispostas.

DOCTRINA

A jurisprudência defensiva do TST em relação às convenções da OIT tem fundamento em interpretação exclusivamente literal, uma vez que se resguarda na ausência de previsão expressa de cabimento do recurso de revista, em caso de violação de tratados internacionais, dentre esses as convenções da OIT.

E essa interpretação literal ganha força quando se observa que a Constituição prevê expressamente a competência do STF e do STJ para o julgamento mediante recurso extraordinário ou especial de causas decididas em única ou última instância, quando a decisão declarar a inconstitucionalidade de tratado, contrariá-lo ou negar-lhe vigência (arts. 10, III, *b*, 105, III, *a*, da CF).

Poder-se-ia argumentar que o legislador constituinte originário, derivado ou responsável pela produção de normas ordinárias, deveria ter previsto expressamente o cabimento do recurso de revista em face de violação às convenções da OIT, como o fez com o STJ e o STF; entretanto, a exegese não pode se limitar à literalidade da norma.

O texto normativo, como fator de segurança jurídica e clareza normativa, apresenta-se como uma fronteira de concretização permitida. A norma vigente que, como norma geral, também deve ser distinguida de seu texto literal, é integrada à normatividade concreta no caso particular, com a ajuda do texto normativo e de outros *topoi* do programa normativo e do âmbito normativo (MÜLLER, 2008, p. 202).

Não há, portanto, como demonstrar satisfação com a interpretação literal nesse caso, pois essa conduzirá a situações em flagrante desconformidade com a ordem jurídica, seja por afastar de um tribunal superior a análise da compatibilidade de decisões com normas de natureza supralegal, seja por tratar de forma discriminatória os trabalhadores, que nas suas vidas extraprofissionais são protegidos por tratados internacionais garantidos pelo STJ e pelo STF, enquanto em suas vidas profissionais não podem se socorrer do TST, quando direitos humanos forem violados na seara trabalhista.

Os direitos trabalhistas demandam um nível ainda maior de proteção, pois os trabalhadores são notoriamente hipossuficientes, não sendo disponibilizados a esses os recursos adequados para garantir a autoproteção (CANARIS, 2009, p. 114), não sendo cabível a redução dos instrumentos destinados à proteção dos seus direitos, quando previstos apenas em tratados internacionais.

O STF tinha jurisprudência pacífica, que garantia *status* de lei ordinária aos tratados internacionais, mesmo aqueles que tratavam de direitos humanos, sendo o julgamento do RE 218.356 o precedente que admitiu a possibilidade da prisão civil do depositário infiel, nos casos de alienação fiduciária, mesmo

contrariando o Pacto de São José da Costa Rica, que, de acordo com a Suprema Corte, não poderia contrapor-se à permissão do art. 5º, LXVII, da CF, por ser norma infraconstitucional geral.

A prisão civil do depositário infiel também foi utilizada como precedente para a mudança jurisprudencial, fundamentando a mutação constitucional, que pacificou a jurisprudência, estabelecendo uma nova categoria de normas, nem sequer previstas expressamente no texto constitucional, mas denominadas pelo STF como supralegais, abrangendo os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Aqui temos o primeiro grande paradoxo do nosso ordenamento jurídico nesse tema: enquanto o STF imputava aos tratados internacionais a natureza de norma ordinária, esses deveriam receber o tratamento de lei federal, sendo, portanto, cabível recurso de revista nos casos em que as decisões judiciais violassem suas regras. Ao serem promovidos ao *status* supralegal, paralisam a eficácia jurídica de toda e qualquer norma infraconstitucional com eles conflitante, não podendo, entretanto, segundo o TST, ser objeto de análise em sede de recurso de revista.

Ressalte-se ainda que o *status* supralegal é limitado aos tratados e convenções internacionais que tratem de direitos humanos. Caso haja reconhecimento de que determinadas convenções da OIT tratem de direitos humanos e outras sejam consideradas tratados comuns, com *status* de lei ordinária, como já analisado aqui, chegaremos ao segundo grande paradoxo do ordenamento jurídico criado pela jurisprudência do TST: a possibilidade de algumas convenções da OIT serem objeto de recurso de revista e outras, que tratam de direitos humanos dos trabalhadores, ficarem alheias aos debates e decisões da Corte de superposição da Justiça do Trabalho.

O ordenamento jurídico trabalhista também não pode permitir que a violação ou interpretação equivocada de lei estadual, convenção coletiva de trabalho, acordo coletivo, sentença normativa ou regulamento empresarial possam fundamentar o manejo de recurso de revista, enquanto normas com *status* supralegal, que estabelecem direitos humanos vinculados às relações de trabalho, estejam alheias às decisões do TST.

A Constituição de 1988, a CLT de 1943 e sua reforma referente ao recurso de revista em 1998 habitavam um mundo onde o STF brasileiro considerava os tratados internacionais como sendo leis federais, quando ainda não havia sido criada pela Corte constitucional nova espécie normativa, não podendo, portanto, estar o regramento do recurso de revista limitado às opções legais,

quando tal interpretação impede a concretização de direitos fundamentais dos trabalhadores.

Também não há fundamento legal ou científico para permitir que a Corte constitucional crie uma nova espécie normativa, diferente daquelas previstas no texto constitucional, e proibir que a Corte da Justiça do Trabalho responsável pela uniformização da interpretação das leis infraconstitucionais adapte sua jurisprudência, de modo a decidir lides que envolvam as normas supralegais.

A concretização dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário afasta o positivismo, corrente doutrinária que afirma serem irrelevantes os princípios constitucionais e sua análise por parte do Poder Judiciário. A constitucionalização dos princípios alçou a jurisprudência ao mesmo patamar do Estado-legislador, não sendo esse mais o senhor dos direitos, passando a ser senhor somente da lei (ZAGREBELSKY, 2011, p. 112).

A interpretação literal da norma deve ser afastada, portanto, quando esta se distanciar dos princípios constitucionais, não devendo o Poder Judiciário cancelar decisões que restrinjam indevidamente o acesso à justiça. Essas duas contradições demonstram que a interpretação exclusivamente literal falhou tanto na tentativa de formação de uma jurisprudência estável, íntegra e coerente, quanto no cumprimento do dever de garantia dos direitos humanos dos trabalhadores e observação dos compromissos internacionais assumidos pela República Federativa do Brasil, devendo ser reformada para o cumprimento do dever constitucional de garantir o acesso a uma ordem jurídica justa.

5 – Conclusão

Não há como estudar de forma densa o Direito do Trabalho sem proceder a uma análise cuidadosa das convenções da OIT, tratados internacionais que visam garantir um patamar mínimo fundamental de justiça nas relações de trabalho, sendo normas a serem aplicadas pelo Poder Judiciário após a sua ratificação.

Quando a interpretação literal da norma conduz a uma exegese inapropriada, que oferece mais problemas e paradoxos do que soluções, deve o intérprete buscar o equilíbrio e a finalidade do texto normativo, sempre com o intuito de garantir o exercício de direitos, não de buscar a validade de vetos a posições jurídicas subjetivas, sem fundamento legal.

O direito de acesso à justiça não garante alcance amplo, integral e irrestrito a uma Corte que foi criada para discutir teses, sendo razoável e constitucional a restrição de lides em tribunais superiores, entretanto, o princípio da razoabilidade deve ser observado, não havendo espaço para distinções infundadas,

mormente quando fundamentadas exclusivamente em uma interpretação literal do texto normativo.

O direito de acesso a uma ordem jurídica justa não pode ser toldado por interpretações que fundamentem paradoxos e afastem a garantia do exercício de direitos humanos, sendo uma grave incoerência do sistema uma proteção maior a direitos criados por leis ordinárias do que a condições estabelecidas em normas hierarquicamente superiores.

Deve haver interpretação extensiva, portanto, de modo a incluir, entre as decisões que podem ser objeto de revisão em sede de recurso de revista, aquelas que violem as convenções da OIT ou que deem a essas interpretação diversa daquela dada por outros Tribunais Regionais ou pelo próprio TST, sendo feita adaptação dos requisitos já existentes para que alcancem também as normas com *status* supralegal.

Somente através dessa exegese, os paradoxos interpretativos podem ser afastados, não sendo retirada da Corte superior especializada em Direito do Trabalho a competência para dirimir lides referentes às convenções internacionais produzidas por agência internacional especializada em direitos humanos inerentes às relações de trabalho.

A interpretação literal pode ser utilizada como fundamento de uma política judiciária que privilegie a jurisprudência defensiva, mas não atende aos ditames constitucionais de proteção dos trabalhadores e de observância dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O TST, como órgão de cúpula do Judiciário Trabalhista, não pode ser excluído, nem se furtar de garantir a vigência e efetividade das convenções da OIT.

6 – Referências bibliográficas

BELTRAMELLI NETO, Silvio; KLUGE, Cesar Henrique. Controle de convencionalidade difuso e concentrado em matéria trabalhista nas perspectivas da OIT e do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. *Revista Direito e Justiça – Reflexões Sociojurídicas*, Santo Ângelo, a. 17, n. 28, p. 105-132, maio 2017.

BELTRAMELLI NETO, Silvio; TORRES, Mariele M. Controle de convencionalidade na Justiça do Trabalho brasileira: análise jurisprudencial quantitativa e qualitativa. *Revista Opinião Jurídica*, v. 18, p. 45-70, 2019.

BOMFIM, Brena Késsia Simplicio do. *Controle de convencionalidade na Justiça do Trabalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (6ª Turma). *Recurso de Revista 101040-51.1999.5.15.0120*. Relator Douglas Alencar Rodrigues, 25 nov. 2009. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&fora=html>

DOUTRINA

&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20%2010104051.1999.5.15.0120&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAx8HAAA&dataPublicacao=04/12/2009&localPublicacao=DEJT&query=conven%E7%E3o%20and%20141%20and%20oit%20and%20a%20and%20conven%E7%E3o%20and%20adicionou. Acesso em: 22 maio 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (7ª Turma). *Recurso de Revista 1076-13.2015.5.02.0049*. Agravo de instrumento em recurso de revista em face de decisão publicada na vigência da Lei nº 13.015/2014. Proteção jurídica e acesso ao trabalho da pessoa com deficiência. (...) Eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Aplicação às relações privadas. Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão, 24 abr. 2019. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1076&digitoTst=13&noTst=2012&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0049&submit=Consultar>. Acesso em: 17 set. 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2009.

GIUNCHETTI, Camila Serrano. *Globalização e direitos humanos: estudo acerca da influência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre as instituições domésticas – o caso do presídio “Urso Branco” (RO)*. 2010. 262 f. Tese (Doutorado em Relações Internacionais) – Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

GUERRA, Sidney. Controle de convencionalidade. *Revista Jurídica*, v. 1, n. 46, p. 1-21, 2017.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; DALENOGARE, Felipe Alves. O controle de convencionalidade e o Judiciário brasileiro: a sua aplicação pelo Tribunal Superior do Trabalho como forma de proteger a dignidade da mão-de-obra (vedação de terceirização de atividade-fim no caso Carneiro Távora v. Telemar Norte Leste e Contax). *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 109-128, jan./abr. 2017.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FRANCO, Georgenor de Sousa Filho. Incorporação e aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 167, n. 42, p. 169-182, jan./fev. 2016.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. São Paulo: RT, v. 1, 2008.

PEREIRA, Leoni. *Manual de processo do trabalho*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RUSSOWSKY, Iris Saraiva. O controle de convencionalidade das leis: uma análise na esfera internacional e interna. *Revista do CAAP*, Belo Horizonte, v. 18, n. 2, p. 61-92, jun./jul. 2012.

SARAIVA, Renato. *Curso de direito processual do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Método, 2009.

SOUZA, Marcos Alves; MATOS, Ilzver Oliveira de. O controle de convencionalidade dos tratados internacionais. *Ideias & Inovação*, Aracaju, v. 01, n. 02, p. 65-71, maio 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 10. ed. Madri: Trotta, 2011.

Recebido em: 18/09/2020

Aprovado em: 03/11/2020

O BEM DE FAMÍLIA NO PROCESSO DE EXECUÇÃO TRABALHISTA E O DIREITO FUNDAMENTAL DE MORADIA DO DEVEDOR

THE HOMESTEAD IN LABOR EXECUTION PROCESS AND THE DEBTOR'S FUNDAMENTAL RIGHT TO HOUSING

Bianca Bastos*

RESUMO: O texto trata da impenhorabilidade do bem de família no processo de execução trabalhista. Para tanto, aborda a sua origem, previsão legal, tipicidade e hipóteses jurisprudenciais, sob a ótica dos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e do direito fundamental de moradia do devedor.

PALAVRAS-CHAVE: Bem de Família. Impenhorabilidade. Direito Fundamental de Moradia. Dignidade Humana do Devedor.

ABSTRACT: *The text is about the unattachable of the homestead in the labor execution process. To this end, it addresses its origin, legal provision, typicality and jurisprudential hypotheses, from the perspective of the fundamental rights of human dignity and the debtor's fundamental right of residence.*

KEYWORDS: *Homestead. Unattachable. Fundamental Rights to Housing. Debtor's Human Dignity.*

1 – Introdução

A execução trabalhista é a fase processual em que a efetividade da jurisdição trabalhista se realiza plenamente, com a materialização do título executivo, que normalmente é o título judicial. Sob a ótica do credor trabalhista, desenvolveu-se forte orientação na persecução judicial pela apreensão de bens e, assim, a incidência de penhora sobre imóveis aumentou conforme foi se sedimentando o procedimento de desconsideração da personalidade jurídica, que trouxe à execução e na qualidade de devedor a pessoa física.

Na prática judiciária, é constante a introdução do tema, diante da constrição de bem imóvel, na qual o domínio é do sócio ou ex-sócio do empregador, cuja personalidade jurídica tenha sido superada.

Nesse sentido, é válido apontar que o procedimento executivo, no processo do trabalho, conta com acesso a princípios constitucionais que contem-

* *Doutoranda e mestre em Direito pela PUC-SP; desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região.*

plam direitos fundamentais do trabalhador, sendo que a penhora de imóveis traz à discussão outro vértice da proteção constitucional, que é direcionada ao devedor e ao direito fundamental social de moradia, previsto no art. 6º da Constituição Federal.

A conciliação na busca da efetividade da função executiva da jurisdição a favor do credor, com respeito ao princípio da execução menos gravosa ao devedor, é tarefa de permanente ajuste nas lides trabalhistas e extrema relevância para a realização da justiça social.

Embora o desejável seja a atuação do Judiciário para realizar a sub-rogação coercitiva do devedor, com a finalidade de quitar e garantir o crédito trabalhista, não se pode passar ao largo do limite estabelecido a favor do devedor, quanto ao respeito mínimo de sua dignidade humana no que diz respeito ao seu direito de moradia.

Nesses moldes, este artigo pretende apresentar o instituto do bem de família, segundo uma perspectiva atual. Assim, o artigo tratará rapidamente da origem do instituto e analisará o bem de família convencional, também denominado voluntário, e o bem de família legal – em se tratando deste último, como forma de proteção do Estado contra a expropriação forçada de imóvel destinado à residência; segue-se pela análise das hipóteses em que essa proteção é relativizada, com autorização da penhora em situações que a lei especifica e que são apresentadas ao leitor.

Para encerrar, analisa-se a aplicação do tema em relação a três situações de interesse prático: 1) a primeira introduz uma visão atual que relaciona o fundamento da proteção do bem de família ao seu destinatário, ampliando a interpretação do art. 1º da Lei nº 8.009/90, que limita a impenhorabilidade à família ou entidade familiar; 2) a segunda se refere ao limite econômico da proteção legal, abordando a hipótese de reconhecimento de impenhorabilidade por bem de família quando o imóvel em que resida o devedor tenha alto valor; 3) por fim, a terceira situação trata da moradia como requisito à tipificação do bem de família, abordando a casuística da ausência temporária do devedor da residência protegida.

As abordagens culminam com a valorização do instituto para que seja situado como expressão do limite da execução, a favor da prevalência de direito fundamental e do sistema processual constitucional.

2 – Origem do bem de família

Aponta-se a gênese do bem de família no *homestead*, em 26 de janeiro de 1839, no Texas, antes de sua incorporação aos EUA, que ocorreu em 1845.

DOCTRINA

Essa lei decorreu da conjuntura econômica e social emergente da independência da Inglaterra e de grave crise financeira, emergente de especulação econômica, que redundou no fechamento de 959 bancos nos Estados Unidos, com quebras que atingiram profundamente a família americana – fato esse que ensejou grande emigração de americanos para o Texas, quando este ainda fazia parte do México. Com a intensidade do movimento migratório, a população texana passou a ser composta, na maioria, por americanos (AZEVEDO, 2010).

Nessa época, como discorre Azevedo (2010, p. 15), cumprindo uma previsão da Constituição mexicana de 1836, editou-se a Lei do *Homestead*,

“(…) que veio proteger famílias radicadas na República do Texas, livrando de qualquer execução judicial 50 acres de terra, ou um terreno na cidade, compreendendo habitação e melhoramentos de valor não superior a 500 dólares todos os móveis e utensílios de cozinha, desde que o valor não excedesse a 200 dólares, todos os instrumentos aratórios até o valor de 50 dólares, além das utilidades, instrumentos e livros destinados ao comércio ou ao exercício profissional do devedor ou qualquer cidadão, cinco vacas leiteiras, uma parrelha de bois ou um cavalo, 20 porcos e todas as provisões necessárias a um ano de consumo.”

Essa foi a gênese da primeira previsão legislativa do instituto do bem de família que, posteriormente, foi editada nos Estados Unidos da América em vários Estados (Vermont, Wisconsin, Nova York, Michigan, Indiana, New Jersey, Delaware e Nevada), cujo projeto de lei foi inicialmente apresentado em 1859, visando à colonização das terras e à vedação da embargabilidade dos lotes, e, embora tenha sido aprovado no Congresso, foi vetado pelo Presidente Buchanan, diante do sistema de adjudicação gratuita contemplada no seu bojo. Em 1861, o Senador Benthon reproduziu esse mesmo projeto, que foi convertido em lei pelo então Presidente Lincoln, em 20.05.62, ocasião em que foi nacionalizado quando foi promulgado o *Homestead Act*, aprovado em 20 de maio de 1862 (VILLAÇA, 2010, p. 16).

Na verdade, tal documento não tratou de hipótese de impenhorabilidade de propriedade imóvel, como projeção do direito social de moradia e tampouco se pensava na preservação da dignidade humana do devedor. Esses conceitos atuais não permeavam os objetivos do século XIX, a colonização de terras nos EUA, e apenas tratavam da questão social da propriedade no meio rural (VILLAÇA, 2010, p. 11-16).

O instituto conviveu com legislações estaduais que tinham diferentes pressupostos para o estabelecimento do benefício. A nacionalização da prote-

ção de propriedade imóvel por meio do *Homestead Act* teve como finalidade a ocupação migratória do oeste americano, mediante a concessão de 160 acres de terra do governo, cujo direito de propriedade seria concedido àqueles que a cultivassem por mais de cinco anos, para incentivar a ocupação do oeste americano, representando a concessão de terras a quem se dispusesse a cultivá-la, conforme se observa das informações extraídas dos documentos encontrados em arquivos nacionais americanos (U.S. NATIONAL ARCHIVES & RECORDS ADMINISTRATION).

O destinatário do benefício era o chefe de família ou a pessoa maior de 21 (vinte e um) anos, e o requisito era o de desenvolver o local, incluindo a construção de uma casa no período exigido para aquisição do domínio da terra. (ALTMAN, 2013). De qualquer forma, a institucionalização dessa proteção reverteu e evoluiu no sentido de consagrar a exceção ao princípio de que a execução por dívidas abrange todo o patrimônio do devedor.

A origem da impenhorabilidade patrimonial do imóvel de moradia se orientou, inicialmente, com movimentos de deslocamento populacional e, portanto, com migração. E tanto é assim que, como se verá a seguir, a própria tipificação legislativa em nosso país foi anterior àquela ocorrida no EUA.

3 – Previsão legislativa local. Bem de família convencional e legal

A previsão do instituto do bem de família no direito pátrio ocorreu a partir do Código Civil de 1916, na modalidade de instituição voluntária (art. 70), substituído, posteriormente, pelos arts. 1.711 e 1.722 do Código Civil de 2002, quando o instituto passou a ser previsto no Livro IV, Título I, Capítulo VI, Subtítulo IV (Direito de Família, Direito Patrimonial). Anteriormente, as disposições legais regulavam-se na Parte Geral do Código Civil de 1916.

Essa forma de instituição de bem de família possibilita a escolha voluntária de um imóvel urbano ou rural para destiná-lo à residência da família e está, atualmente, condicionada a que seu valor patrimonial não ultrapasse a terça parte do patrimônio líquido do proprietário do bem. Além disso, a sua constituição depende do registro da escritura que o prevê no Cartório de Registro de Imóveis.

A extinção do bem de família convencional também está prevista no Código Civil (art. 1.722), diante da morte dos instituidores e da maioria de seus filhos. Anteriormente, o Código Civil de 1916 também trazia como pressuposto à instituição do bem de família voluntário que o instituidor fosse pessoa solvente.

DOCTRINA

É consenso que o bem de família de instituição voluntária no Código Civil de 1916 visou à proteção da entidade familiar – também foi essa a finalidade da Lei nº 8.009/90. Entretanto, a primeira diferença que se destaca é que a lei confere essa proteção ao devedor insolvente.

Portanto, enquanto a instituição do bem de família voluntário vincula-se à existência de patrimônio líquido do instituidor, as disposições legais que tratam da impenhorabilidade de bem de família trazem disciplina às disposições constitucionais que versam sobre a proteção da dignidade humana do devedor e o direito à moradia.

Nesse ponto, registre-se que o direito social de moradia somente foi alçado em nível constitucional a partir da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, não tendo sido incluído neste rol na redação originária da Constituição Federal de 1988.

Assim, é na Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, resultante da conversão da Medida Provisória nº 143, de 1990, com redação atual que contempla revogações promovidas pela Lei Complementar nº 150/2015, e alteração promovida pela Medida Provisória nº 871/2019, que está prevista a impenhorabilidade de bem de família. O art. 1º dessa Lei assim estabelece:

“O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.” (BRASIL, 1990)

Merece destaque a observação de que o bem de família legal torna impenhorável o imóvel por dívidas de seu titular, mas o bem de família instituído voluntariamente, além de ser impenhorável (art. 1.715 do CCB), é inalienável (art. 1.717 do CCB). Disso resulta que o bem de família legal pode ser alienado a qualquer tempo. Isso significa que a alienação será válida entre os contratantes, porque inexistente impedimento legal à transferência do domínio do imóvel.

Não se questionam os efeitos da alienação de bem de família legal quando o devedor seja insolvente, pois outros institutos jurídicos abrigoarão o credor de dívidas contraídas por seu titular. Esse instituto é a fraude contra credores (art. 158 do CCB) ou fraude à execução (art. 792 do CPC). Sendo assim, embora o negócio jurídico de alienação do imóvel seja válido entre alienante e adquirente, poderá ser anulado pelo credor do alienante, na primeira hipótese, ou ser ineficaz em seus efeitos, na segunda situação.

De qualquer modo, entre o alienante do bem de família legal e o adquirente do imóvel protegido nos termos da Lei nº 8.009/90, o negócio jurídico da transferência patrimonial é válido e produz seus efeitos legais.

Outra diferença entre o bem de família voluntário e o bem de família legal é a existência de duração para o primeiro. O Código Civil previu duração para o bem de família que, como acentua Azevedo (1984, p. 17), é “(...) o lapso temporal percorrido entre sua instituição válida e sua extinção”. Já o bem de família previsto na Lei nº 8.009/90 estabelece condição de impenhorabilidade pelo tempo de moradia no imóvel, independentemente de prazo.

Por fim, em ambos os institutos, a impenhorabilidade é relativa, havendo situações em que a penhora é autorizada por exceção na lei. Em relação ao bem de família voluntário, o Código Civil sujeita o bem à penhora quanto à execução por dívidas provenientes de tributos relativos ao imóvel ou despesas de condomínio (art. 1.715 do CCB).

Quanto ao bem de família legal, as causas de penhorabilidade estão elencadas no art. 3º da Lei nº 8.009/90, que serão analisadas em subitem específico. A concorrência dos dois institutos revela que o bem de família legal, cuja maior diferença é o fato de ser instituído pelo Estado a favor da garantia dos princípios constitucionais já mencionados é mais abrangente e, na prática, revela-se efetivo à proteção a que se destina.

De resto, o bem de família legal, diante da exigência de formalidades para sua instituição, não tem se demonstrado como instituto jurídico de aplicação prática disseminada.

4 – Impenhorabilidade absoluta ou relativa

Existe a ideia disseminada na execução trabalhista de que o bem de família sempre conduz à impenhorabilidade absoluta. A importância do fundamento do bem de família não deve trazer confusão quanto à classificação dos efeitos de seu benefício. Reconhecida a existência de bem de família, o imóvel na qual se mantenha a moradia é impenhorável. Mas isso não significa que a impenhorabilidade seja absoluta em sua previsão legal.

A impenhorabilidade é absoluta quanto aos bens que de modo algum possam sofrer penhora, enquadrando-se como impenhorabilidade relativa quando o bem impenhorável se sujeita à excussão diante de determinados fatores ou circunstâncias (ASSIS, 2018).

DOCTRINA

E não se pode deixar de considerar que a impenhorabilidade é mais ampla que a inalienabilidade, na medida em que bens que são inalienáveis são sempre impenhoráveis, enquanto bens não sujeitos à penhora podem ser alienados. Se o bem imóvel se insere na categoria de bem de família legal, trata-se de propriedade alienável, cujo domínio poderá ser transferido, hipótese em que poderá perder a condição de impenhorabilidade, já que esta é intransferível.

O exame do art. 3º da Lei nº 8.009/90 relaciona situações em que o bem de família pode ser penhorado em execução direcionada contra o seu proprietário, evidenciando que essa proteção produz impenhorabilidade processual relativa do bem.

Em três hipóteses diferentes, o bem de família responderá no processo executivo. Essas situações se agrupam quanto à classificação de determinadas dívidas para cumprimento de garantias outorgadas pelo credor ou fiador ou tendo em conta a origem do dinheiro utilizado para a aquisição do imóvel.

Na primeira situação, autorizam a penhora (i) dívida decorrente do crédito ou financiamento destinado à construção ou aquisição do imóvel, limitado à obrigação do respectivo contrato (art. 3º, inciso II); (ii) dívida constituída por pensão alimentícia (art. 3º, inciso III); (iii) cobrança de impostos predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar (art. 3º, inciso IV); e (iv) para cobrança de crédito constituído pela Procuradoria-Geral Federal em decorrência de benefício previdenciário ou assistencial recebido indevidamente por dolo, fraude ou coação, inclusive por terceiro que sabia ou deveria saber da origem ilícita dos recursos.

As exceções do primeiro grupo possuem relação com situações relacionáveis à origem da dívida contraída pelo devedor. No segundo grupo em que a penhora de bem de família é permitida, o imóvel figurou de alguma forma como garantia. São dois os casos previstos na Lei nº 8.009/90: quando a obrigação decorre da (i) execução de hipoteca constituída como garantia real sobre o imóvel (art. 3º, V); e no caso (ii) de obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação (art. 3º, VII).

Ainda pode ser realizada a penhora sobre imóvel caracterizado como bem de família, se sua aquisição tenha se realizado com (i) produto de crime ou para (ii) execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens (art. 3º, VI).

As disposições da Lei nº 8.009/90 sobre a penhorabilidade de bem de família sofreram alterações legislativas recentes. Primeiro e com interesse no processo trabalhista, a Lei Complementar nº 150/2015 revogou o inciso I do

art. 3º, o qual excluía a impenhorabilidade em “razão de créditos de trabalhadores da própria residência ou das respectivas contribuições previdenciárias”.

Essa previsão protegia o crédito de natureza trabalhista de empregados domésticos e de todos aqueles que mantivessem contrato de prestação de serviços autônomos que se ativassem na própria residência.

A revogação dessa disposição vem para evidenciar que o crédito trabalhista, embora de natureza alimentar, não enseja mais exceção ao bem de família em qualquer situação. Estabelece-se, assim, uma correspondência à nova redação emprestada pela Lei nº 13.144, de 6 de julho de 2015, cuja penhorabilidade fica permitida ao crédito originário de pensão alimentícia, não mais se discutindo se poderia haver penhora em relação a crédito alimentar trabalhista ou alimentos indenizativos decorrentes de reparação civil.

E a Medida Provisória nº 871, de 18.01.2019, incluiu permissão de penhora no caso de dívida que se destine ao ressarcimento da União de crédito recebido indevidamente pelo titular da propriedade do bem, por dolo, fraude ou coação.

Nessas situações, o bem imóvel, ainda que seja moradia do devedor, poderá ser penhorado e levado à expropriação forçada.

A atual legislação traz a um só tempo duas consequências para o processo do trabalho: que o crédito trabalhista não se classifica com prioridade diante de sua titularidade (empregado doméstico) para fins de relativização da impenhorabilidade do bem de família; e que a impenhorabilidade processual decorrente da Lei nº 8.009/90 é de natureza relativa, por existirem exceções outras à penhorabilidade do bem.

5 – Destinatário da proteção estatal na Lei nº 8.009/90

O direito obrigacional se orienta no sentido de que o patrimônio responde pelas dívidas da pessoa jurídica ou pessoa física e que a responsabilidade não se projeta além do conjunto de bens do devedor. Portanto, é patrimonial a responsabilidade por dívidas decorrentes do contrato, inclusive do contrato de trabalho – relação de emprego ou de trabalho.

Compete ao Estado, em última instância, por meio do exercício do poder jurisdicional, impor ao obrigado que cumpra os contratos celebrados e que se responsabilize por suas dívidas.

Em última análise, a realização do direito se faz com subsunção do indivíduo à força estatal, que se apresenta coercitivamente através da execu-

ção forçada, por meio da qual, resistindo o devedor ao cumprimento de suas obrigações, tem seu patrimônio alienado pelo Estado.

No exercício da jurisdição satisfativa e havendo resistência ao pagamento da dívida, o Estado afeta bens da propriedade do devedor pela penhora que se destina ao pagamento do crédito.

Após a citação do devedor e o descumprimento por ele do prazo de 48 (quarenta e oito) horas para pagamento (art. 884 da CLT), o oficial de justiça realiza a constrição judicial (penhora), que é forma de afetação de bens, com a finalidade de expropriá-los em hasta pública, para, então, realizar o pagamento ao titular do direito, concretizando a função jurisdicional, atinente à eficaz realização da pacificação social para a solução dos conflitos.

O art. 789 do Código de Processo Civil, ao consagrar o princípio da responsabilidade patrimonial do devedor, dispõe no sentido de que “(...) o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei”.

Nesse contexto, a impenhorabilidade de bens concretiza o princípio da execução menos gravosa ao devedor, sendo a vedação de constrição do bem de família uma de suas principais expressões, por proteger o direito social fundamental da moradia.

Como premissa à análise da norma instituidora do bem de família e de quem é seu destinatário, importante repetir que a legislação federal (Lei nº 8.009/90) é anterior à previsão constitucional da moradia como direito social. E, sendo assim, a disposição do art. 6º, *caput*, da Constituição Federal, não foi a fonte para a edição da Lei nº 8.009/90.

A Constituição Federal já dispunha desde sua promulgação que “(...) a casa é o asilo inviolável do homem” (art. 5º, inciso XI) e a partir da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, a moradia foi alçada a direito social no *caput* do art. 6º da CF/88. Esses dispositivos encontram lastro na norma programática do art. 226 da Constituição Federal, que elege a família como base da sociedade brasileira e lhe outorga proteção estatal.

Em sua origem, a impenhorabilidade da Lei nº 8.009/90 atrelou a proteção que disciplinava ao conceito de família, sendo que essa legislação sucedeu à Medida Provisória nº 143, de 08.03.90, que já citava como beneficiária do instituto a entidade familiar.

A evolução dos modelos familiares, quer pelo reconhecimento de famílias não consanguíneas, de famílias não constituídas por casais, ou de relações homo-

DOCTRINA

afetivas, modulou o entendimento do instituto do bem de família, estendendo-o a situações que não se restringiam à família tradicionalmente constituída pelo casamento ou pela união estável.

Portanto, a ideia de proteção da família, em seus diversos modelos, foi e é a inspiração inicial do art. 1º da Lei nº 8.009/90. Muito embora a definição de família tenha se modificado com o passar dos anos, a proteção persistiu nesses moldes, mas ampliando-se para atingir o direito fundamental de proteção da dignidade humana do devedor como cidadão.

Desde o início, ao dispor o art. 1º, no sentido de que há impenhorabilidade do “(...) imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, objetivava-se estender a previsão legal não somente a casamentos formais, mas a relações decorrentes de uniões estáveis”, essa ampliação de limites era adequada para a década de 1990.

Entretanto, atualmente, o destinatário da proteção legal já não se restringe apenas a casais ou entidades familiares, como conceituadas na época da vigência da Lei nº 8.009/90.

Hodiernamente, o conceito de entidade familiar admite interpretação extensiva, incluindo também pessoas que optaram por viver sem constituir família, independentemente de seu estado civil, ou da formatação da convivência, ou mesmo da inexistência desta. Assim, a interpretação do que constitua bem de família se estende além dos limites inicialmente previstos e a jurisprudência já admite o reconhecimento de bem de família quando não há família.

Assis (2018, p. 47) fundamenta a interpretação extensiva do destinatário da proteção da impenhorabilidade, asseverando que a rígida orientação em manter impenhorável apenas a residência de família cedeu para incluir proteção do devedor que vive sozinho, como se vê: “(...) Essa rígida orientação cedeu perante pessoas que, residindo sozinhas, anteriormente constituíram família: o STJ reconheceu a impenhorabilidade da residência da pessoa separada, e outro julgado do STJ da viúva”.

Por sinal, o art. 1.721, *caput*, do CC assegura que a dissolução da sociedade conjugal não extingue o bem de família, robustecendo o entendimento de que também não atinge a impenhorabilidade da residência familiar prevista no art. 1º, *caput*, da Lei nº 8.009/90.

Finalmente, o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como o fato de o próprio direito à moradia constituir um direito fundamental, conduziram à evolução da jurisprudência no sentido de tornar impenhorável, *tout court*, a residência do (a) devedor (a) solteiro (a). Por exemplo, proclamou o STJ: “O

imóvel que serve de residência para pessoa solteira está sob a proteção da Lei nº 8.009, de 1990, ainda que ela more sozinha” (ASSIS, 2018, p. 47).

O autor sustenta que a evolução jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça não se afasta do intuito legal de proteção à família, porque o solteiro (que ele denomina de celibatário) é integrante de uma família, ainda que não viva com ela.

Inegável que já é jurisprudência consolidada a proteção à pessoa solteira, separada ou viúva, pois a Súmula nº 364 do STJ consolida o entendimento neste sentido: “O conceito de impenhorabilidade do bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”.

É perceptível o esforço jurisprudencial para incluir pessoas solteiras ou viúvas no conceito de família ou entidade familiar, para atender ao pressuposto da Lei nº 8.009/90 em seus limites restritivos.

Mas a partir do entendimento de que a edição da Lei nº 8.009/90 precede a inclusão do direito de moradia como direito fundamental, e que a matriz constitucional que prevê o direito fundamental de moradia orienta agora a interpretação desse instituto, podemos reconhecer que o benefício nos dias atuais não é aplicável apenas à família ou entidade familiar. O bem de família nasceu sob essa inspiração, mas, atualmente, se projeta ao cidadão, protegendo-o.

Nesse sentido, a impenhorabilidade do bem de família se amplia, visando atender a uma proteção ao cidadão, porque enfoque central do ordenamento jurídico é o ser humano em sua dignidade. E, é por isso que, apesar de a expressão bem de família originariamente ter se destinado à proteção da entidade familiar, a Justiça transcendeu o limite da legislação infraconstitucional, entendendo que essa impenhorabilidade é um instrumento de proteção à pessoa do devedor, tendo ele ou não família, ou morando sozinho – ideia que concretiza o direito fundamental social à moradia (art. 6º, *caput*, da CF/88), que é corolário do direito da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF).

6 – Bem de família e o imóvel luxuoso

Como se concluiu que há proteção constitucional à moradia do cidadão, importante também classificar o tipo de moradia protegida. Nesse ponto, a maior discussão que ocorre é quanto à manutenção da impenhorabilidade do bem de família quando o imóvel possui alto valor de mercado, sendo considerado, portanto, luxuoso. Há, aqui, um confronto entre o bem jurídico tutelado, que é o mínimo vital à manutenção da dignidade de devedor, e a proteção ao direito

de crédito, cuja realização não se compatibiliza com o permissivo de que o devedor mantenha alto padrão de vida.

A Lei nº 11.382/06, que alterou dispositivos do Código de Processo Civil de 1973, relativos à execução civil, previu a inclusão do parágrafo único, no art. 650, cujo teor era a limitação do bem de família aos imóveis com valor de até 1.000 salários mínimos, de modo que no caso de propriedade que excedesse esse patamar, haveria penhora e alienação judicial do bem, com reserva ao devedor do correspondente ao limite estabelecido (1.000 salários mínimos). Todavia, esse dispositivo foi vetado, sendo que as razões do veto elucidam justificativa no seguinte sentido:

“Na mesma linha, o Projeto de Lei quebrou o dogma da impenhorabilidade do bem de família, ao permitir que seja alienado o de valor superior a mil salários mínimos, ‘caso em que, apurado o valor em dinheiro, a quantia até aquele limite será entregue ao executado sob cláusula de impenhorabilidade’. Apesar de razoável, a proposta quebra a tradição surgida com a Lei nº 8.009, de 1990, que ‘dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família’, no sentido da impenhorabilidade do bem de família independentemente do valor. Novamente, avaliou-se que o vulto da controvérsia em torno da matéria torna conveniente a reabertura do debate a respeito mediante o veto ao dispositivo.” (BRASIL, 2006)

Entretanto, em que pese a orientação do veto, é fato que o art. 2º da Lei nº 8.009/90 exclui da impenhorabilidade “(...) os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos”.

Embora a lei não trate de forma direta do valor do imóvel, o princípio que orienta a legislação é o de manter o mínimo necessário à sobrevivência digna do executado.

Em coerência com a manutenção ao devedor de imóvel que represente valor econômico compatível com um padrão de vida médio, o art. 4º da Lei nº 8.009/90 dispõe que: “Não se beneficiará do disposto nesta lei aquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga”.

Denota-se dos arts. 2º e 4º da Lei nº 8.009/90 que a finalidade teleológica da lei é consagrar direito mínimo ao devedor, a fim de garantir-lhe a moradia como projeção da personalidade e não estabelecer direito à manutenção patrimonial.

Não obstante, a interpretação dessa proteção tem garantido a moradia em imóveis luxuosos, sob o argumento de que o direito fundamental de moradia

não admite restrição. Esse é o posicionamento atual do Tribunal Superior do Trabalho (TST):

“RECURSO DE EMBARGOS. INTERPOSIÇÃO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 11.496/07. EXECUÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. IMÓVEL DE ALTO VALOR. PENHORABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE MITIGAÇÃO. LEI Nº 8.009/90. ART. 5º, INCISO XXII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. QUESTÃO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL. 1. O direito à moradia foi erigido ao patamar constitucional, integrando o rol de direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição da República, como direito fundamental da pessoa humana. E, a par dessa proteção específica, não se pode olvidar também do direito de propriedade insculpido no art. 5º, XXII, da CF, inclusive pelo atendimento, no caso, de sua indiscutível função social (art. 5º, XXIII, da CF). 2. Desse modo, a proteção do bem de família, tratada na Lei nº 8.009/90 e no Código Civil de 2002, embora tenha sua conformação delineada pelo legislador ordinário, é um instituto que possui matriz constitucional, vindo a concretizar os princípios insculpidos naqueles dispositivos, de modo que, ao se reconhecer exceção não prevista em lei a tal garantia de impenhorabilidade, conferindo-se, pois, interpretação que nega efetividade ao direito de moradia da família, tem-se por afrontada diretamente a Constituição Federal. 3. A garantia da impenhorabilidade do bem de família não foi mitigada considerando o seu valor, homenageando o direito social à moradia e a proteção da família, os quais, como visto, possuem matriz constitucional. Precedentes. Recurso de Embargos conhecido e não provido.” (E-RR-974000-92.2007.5.09.0011, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Redator Ministro Hugo Carlos Scheuermann, DEJT 31.10.2018)

Uniformizada a jurisprudência, difícil ser modificada, já que a decisão transcrita vincula novos julgamentos dos Tribunais Regionais do Trabalho, na medida em que vem se repetindo no próprio Tribunal Superior do Trabalho, sob a égide da Lei nº 13.015/2014.

Na prática, essa solução não resolve o conflito da execução trabalhista, o cumprimento da dívida pelo obrigado ou mesmo a realização de proteção a direito fundamental do devedor. O que se vê, em muitos casos, é que o devedor resiste preservando o imóvel luxuoso como residência de alto custo com apoio nessa jurisprudência.

Normalmente, esse devedor tem muitos processos trabalhistas em curso e utiliza-se dessa defesa em todos eles, até que, por ausência de recursos finan-

ceiros para realizar sua defesa pela contratação profissional para sustentação da tese de impenhorabilidade, o devedor perde a moradia. E os demais credores perdem a garantia de sua dívida.

A melhor resolução aqui seria a de garantir o direito à moradia, pela alienação do imóvel e reserva do valor que possibilitasse ao devedor adquirir imóvel adequado, no qual pudesse manter residência compatível com seu padrão financeiro atual.

Se o valor obtido na venda do imóvel de alto valor não fosse suficiente para garantir o pagamento de suas dívidas, então seria o caso de julgar frustradas as execuções pendentes, realizando a garantia de bem de família de moderado valor.

Entretanto, essa solução não possui amparo legal de momento, de sorte que, de *iure constituto*, prevalece a jurisprudência consolidada.

Além desse tema do imóvel de luxo, outra questão interessante é o debate em relação à ausência temporária pelo devedor da moradia. É o que será analisado a seguir.

7 – Bem de família e propriedade de único imóvel: ausência temporária da moradia

Diz-se que o bem de família é a proteção que recai sobre um único imóvel do devedor. Essa afirmação tem gerado controvérsia jurisprudencial e ela tem origem na diferença entre o bem de família voluntário e legal.

A instituição do bem de família voluntário, amparado no Código Civil, se faz com base na escolha do proprietário. Mas o bem de família legal é aquele em que o devedor mantém a moradia. Portanto, não é impeditivo à impenhorabilidade que o devedor tenha mais de um imóvel, já que, à luz da Lei nº 8.009/90, será impenhorável apenas aquele em que ele residir.

Nesse sentido, é a disposição do art. 5º da Lei nº 8.009/90: “Para os efeitos da impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente” (BRASIL, 1990).

A moradia do devedor no imóvel objeto de proteção é matéria de conteúdo probatório, cujo ônus da prova é do devedor. A produção da prova, quanto ao fato de o devedor residir no imóvel, se faz tanto pela juntada de documentos de consumo do imóvel habitado pelo devedor como por documentos em que o imóvel é lançado como endereço residencial, como até pela própria certidão

do oficial de justiça que intime o devedor da penhora no próprio local em que realizada a constrição judicial.

Protegido o imóvel em que o devedor resida, se ele for proprietário de outro imóvel, este imóvel poderá ser penhorado. O art. 5º da Lei nº 8.009/90, ao limitar a impenhorabilidade a único imóvel, impede que o devedor alegue dupla residência, mas não estabelece que a propriedade de mais de um imóvel descaracterizará o bem de família sobre a propriedade que sirva de moradia do devedor.

Analisando a situação de proteção à pessoa do devedor, poderá, ainda, ocorrer de o devedor estar residindo em imóvel locado, justificadamente, e utilizando o valor locatício do imóvel que tenha sido sua antiga residência, para manter moradia em propriedade de outrem. Isso ocorre quando o devedor aluga seu imóvel para morar noutro local por determinada necessidade de ordem pessoal.

A questão a ser resolvida como pressuposto para resolução dessa situação passa pelo fim teleológico da Lei nº 8.009/90 e pela análise do caso concreto. A finalidade da impenhorabilidade do bem de família é garantir a moradia, como asilo inviolável do ser humano e, como visto, é uma proteção ao cidadão.

E sob esse aspecto, a casuística revela que situações familiares podem determinar a alteração do endereço familiar, como, por exemplo, morte na família, que permaneça constituída pelo cônjuge remanescente e menores impúberes em que seja desaconselhável a manutenção do domicílio no imóvel de propriedade da família, por questões pessoais e emocionais.

Nessa situação, pode ocorrer a ausência temporária do devedor do imóvel que serve de moradia à família. Assim, também quando o devedor esteja residindo temporariamente fora do país. Nesse sentido, em situação semelhante, é o acórdão da 17ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região, com relatoria do Desembargador Álvaro Alves Noga, cuja ementa é a seguinte:

“BEM DE FAMÍLIA. AUSÊNCIA TEMPORÁRIA DO DEVEDOR DO IMÓVEL. IMPENHORABILIDADE MANTIDA. A lei protege o imóvel que serve como moradia permanente da pessoa, não impedindo que seus moradores façam viagens nacionais ou internacionais, ainda que prolongadas, ou que passem algum período ausentes por qualquer outro motivo, sendo, portanto, irrelevante o fato de o agravante encontrar-se temporariamente fora do país ou na casa do filho, ainda que por um período prolongado, considerando que esteve sob os cuidados do filho, em decorrência do falecimento da esposa e que possui apenas

um imóvel, ao qual dirige seu ânimo de residência permanente.” (TRT-2, Agravo de Petição 0241600-04.2208.5.02.0051, Rel. Álvaro Alves Noga, j. 12.09.2013)

Ainda quanto ao pressuposto de manter a moradia no imóvel objeto da penhora, há a situação em que o devedor, coproprietário do imóvel, partilha-o com o cônjuge e deixa a residência. Havendo filhos comuns, não há dúvida que o imóvel é totalmente impenhorável, já que eles garantem a manutenção na configuração da entidade familiar. Mas se apenas o cônjuge passa a residir no local, é garantida apenas a meação (copropriedade), e o imóvel é penhorável, na medida em que a divisão dos bens estabelece sobre eles a propriedade condominial.

Nesse caso, por se tratar o imóvel de bem indivisível, a penhora abrangerá o bem por inteiro que assim será levado à hasta pública, reservando-se a metade do valor da alienação ao ex-cônjuge do devedor (art. 843 do CPC). Garantido estará assim seu direito à meação, não se questionando a existência de bem de família.

As situações analisadas servem apenas como um exemplo de como a casuística nessa matéria é rica e variada, sendo que as decisões sempre se orientam pela prevalência do princípio da execução menos gravosa ao devedor, e pelo rigor na aplicação do princípio da dignidade humana e do direito fundamental social da moradia (art. 6º, *caput*, da CF/88).

8 – Bem de família: matéria de ordem pública ou matéria de ordem constitucional?

Lazzarin (2014, p. 78), discorrendo sobre o bem de família legal, acentua que “(...) a constituição do bem é imediata, bastando a ocorrência das hipóteses legais; o Estado impõe o Bem de Família por norma de ordem pública, independente de qualquer formalidade ou manifestação de vontade”.

Nesse mesmo sentido, se posiciona Martins (2014, p. 186), ao afirmar que: “A impenhorabilidade de bem de família, sendo matéria de ordem pública, por força da Lei nº 8.009/90 que a disciplina, poderá ser arguida até o exaurimento da execução, mas antes de qualquer procedimento de alienação”.

Como se vê, afirma-se que a proteção decorrente de bem de família pode ser considerada matéria de ordem pública. E, assim, a defesa do executado contra a penhora de bem imóvel poderia ser alegada a qualquer momento, sendo reconhecível até mesmo *ex officio*.

DOCTRINA

Contudo, a definição do instituto como de ordem pública é um desafio na jurisprudência. A análise dos casos julgados não traz a questão de forma clara e os tribunais indicam aleatoriamente essa condição, sem rigor científico. A posição da doutrina sobre o tema revela que caracterizam questões de ordem pública o fato de terem cogência absoluta, com imperatividade da norma; de existir interesse público marcante; de admitirem conhecimento de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição, sem preclusão (APRIGLIANO, 2011).

Diante dos contornos assim definidos para o instituto da ordem pública, o bem de família, hipótese de impenhorabilidade relativa do imóvel, não poderia ser considerado como enquadrado nessa condição.

A relevância da proteção social é inquestionável, mas não se trata de matéria de ordem pública. E, para tanto, basta refletir sobre a necessidade de prova dos requisitos do benefício, para que ele seja reconhecido. A matéria de ordem pública prescinde de prova, como é sabido.

Não se nega na jurisprudência que o bem de família depende de prova e que a prova cabe ao titular do domínio. Prova-se a moradia no imóvel de propriedade do devedor e a inexistência dessa realização probatória determina a expropriação estatal do bem. Se a proteção do bem de família fosse considerada como matéria de ordem pública, não estaria sujeito seu reconhecimento à produção probatória com ônus de prova do devedor. Enfim: trata-se de matéria sujeita a preclusão e, por isso, não se pode incluí-la como matéria de ordem pública.

Há outra questão processual envolvendo a caracterização da natureza jurídica de bem de família. A disposição do § 2º do art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho traz clara restrição à admissão de recurso de natureza extraordinária na execução trabalhista, consignando que “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 da norma da Constituição Federal”.

Admitido que não há matéria de ordem pública no tratamento dessa questão pertinente à fase da execução, surge uma limitação recursal na medida em que não seria cabível o recurso de revista das decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho quanto a esse tema.

No entanto, o Tribunal Superior do Trabalho pacificou o entendimento de que cabe recurso de revista contra acórdão que decida sob esse tipo de impenhorabilidade, desde que arguido sob aspectos constitucionais.

DOCTRINA

E, assim, considera-se que a matéria é de natureza constitucional, na medida em que a Lei nº 8.009/90 vem disciplinar uma garantia social, que é o direito fundamental à moradia (art. 6º da CF/88).

Essa questão foi encaminhada pelo Tribunal Superior do Trabalho em julgamento que reconhece a existência de precedente uniformizador com este fundamento, como se vê na ementa abaixo transcrita:

“EMBARGOS REGIDOS PELA LEI Nº 13.015/2014, PELO CPC/2015 E PELA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 39/2016 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. EXECUÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. CONHECIMENTO DO RECURSO DE REVISTA POR VIOLAÇÃO DOS ARTS. 5º, INCISO XXII, E 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. POSSIBILIDADE. Discute-se, na hipótese, a possibilidade ou não de se conhecer de recurso de revista por violação do art. 6º da Constituição Federal, tendo em vista o disposto no art. 896, § 2º, da CLT, que exige a demonstração de ofensa direta e literal da Constituição Federal quando se trata de processo em fase de execução. Esta Subseção, a partir do julgamento do E-ED-RR 767-88.2011.5.01.0005, DEJT 15.09.2017, em sua composição plena, firmou o entendimento de que a discussão sobre a impenhorabilidade do bem de família possui cunho eminentemente constitucional, tendo em vista a proteção ao direito social de moradia, à dignidade da pessoa humana e à família assegurada pela Constituição Federal. Desse modo, foi reconhecido, nesse julgado, que, diante de cada caso concreto, quando se cogitar da inobservância dessas garantias, é possível se reconhecer ofensa aos arts. 5º, inciso XXII, e 6º, *caput*, da Constituição Federal, como ocorre na hipótese sub judice. Na hipótese, a Turma conheceu do recurso de revista patronal por violação do art. 6º da Constituição Federal e, no mérito, asseverou que a impenhorabilidade do bem de família não poderia ser afastada em razão do alto valor do bem, bastando a prova de residência familiar, circunstância incontroversa no caso destes autos. Nesse contexto, os arestos colacionados ao cotejo estão superados pela iterativa e notória jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, não havendo falar em divergência jurisprudencial, nos termos do art. 894, § 2º, da CLT. Embargos não conhecidos.” (E-ED-RR-61400-22.2006.5.09.0004, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, DEJT 14.12.2018)

A ementa transcrita aponta violação ao art. 6º, *caput*, da CF/88 (direito social de moradia) e ao inciso XXII do art. 5º da CF/88 (garantia individual

ao direito de propriedade), superando o limite do § 2º do art. 896 da CLT e trazendo nova perspectiva sobre o entendimento do que seja ofensa direta e literal à Constituição Federal.

De fato, há princípios constitucionais densificados na Lei nº 8.009/90, mas a regra infraconstitucional sobre admissão de recurso de revista é clara. Há um limite cuja flexibilização está agora sendo admitida jurisprudencialmente, priorizando a discussão de matérias de fundo constitucional na Corte Superior.

A importância que assoma institutos de responsabilização patrimonial na execução, com vinculação de pessoas físicas para cumprimento de dívidas trabalhistas, tem provocado a mudança da jurisprudência quanto aos limites recursais que sempre estiveram presentes na execução, cujo recurso apropriado (agravo de petição) tinha solução final nos Tribunais Regionais do Trabalho.

Atualmente, não mais se justificam limitações ao processamento de recurso de revista, especialmente sob a alegação de que não ocorre a violação literal e direta à Constituição Federal, eis que a jurisprudência da Corte Superior se orienta na admissão dos recursos extraordinários nessa matéria, quando aventada afronta a princípios constitucionais.

9 – Conclusão

O exame dado ao instituto do bem de família neste trabalho possibilitou breve análise sobre a origem das primeiras previsões legais sobre o tema. Desde o início, a proteção estatal direcionou-se à família, mas evoluiu em relação ao bem jurídico protegido.

Enquanto na sua origem à proteção a um bem que constituísse moradia se destinou a resolver crises financeiras e políticas de ocupação territorial na área de migração nos Estados Unidos da América no século XIX, o instituto foi desenvolvido com o passar dos anos para assegurar direitos fundamentais e sociais, o direito de propriedade, o direito individual da inviolabilidade do domicílio e o direito da dignidade da pessoa humana, expresso pelo direito fundamental social da família ou entidade familiar. E, assim, se estabeleceu como norma protetora de matriz constitucional no século XX.

A visão jurídica atual da proteção emergente da Lei nº 8.009/90, que assegura proteção ao devedor contra a penhora de imóvel de sua propriedade, como limite à responsabilidade patrimonial por dívidas, fundamenta-se diretamente à proteção da dignidade humana do devedor, alicerçando-se em princípios que lhe são afetos.

DOCTRINA

Todavia, a própria Lei nº 8.009/90 excepciona situações em que essa proteção não é outorgada pelo Estado, tanto em razão da origem da dívida como em relação às garantias fornecidas pelo devedor a seus credores – igualmente, o faz em relação ao meio de aquisição do imóvel, estabelecendo a possibilidade de penhora e evidenciando que nenhum princípio é absoluto. Ainda, de modo coerente, afasta situações em que a proteção à moradia representa violação a outros valores constitucionais, como, por exemplo, a situação em que a propriedade foi adquirida com produto de crime.

Com 28 (vinte e oito) anos de vigência, a Lei nº 8.009/90 passou por entendimentos jurisprudenciais diversos, que abarcam e classificam alguns casos concretos. Entre eles, questionou-se na jurisprudência a quem se dirigiria tal proteção. Segundo a interpretação literal da lei, à família ou entidade familiar.

Contudo, a par das alterações dos modelos familiares, cuja modificação se atribui a novas formas de relacionamento pessoal, é patente a possibilidade de escolha de não constituir família. Viu-se a jurisprudência chamada a decidir a questão de reconhecimento de bem de família a pessoas solteiras. E também de pessoas viúvas ou divorciadas, que vivam sozinhas.

Mais uma vez, a centralidade da proteção da moradia, como reflexo do princípio da dignidade humana, levou à conclusão que hoje se admite que o destinatário do bem de família legal é o cidadão, e não mais a família ou suas variações possíveis. E tanto é assim que está pacificada a impenhorabilidade de imóvel que sirva de moradia à pessoa solteira e já despontam julgados em que prevalece a posição jurisprudencial de que a ausência temporária e justificada da moradia não impede o reconhecimento da impenhorabilidade.

Por fim, a Lei nº 8.009/90, que possui apenas cinco artigos, produz conteúdo de relevância constitucional que minimiza os efeitos da responsabilidade patrimonial do devedor em relação a suas dívidas, conjugando valores constitucionais entre o direito de proteção ao crédito e a relevância da adoção do princípio da dignidade humana do devedor.

10 – Referências bibliográficas

ALTMAN, Max. *Hoje na história: 1862 – Lincoln sanciona Homestead Act*, ‘lei da reforma agrária’ dos EUA. Disponível em: <https://operamundi.uol.com.br/historia/28975/hoje-na-historia-1862-lincoln-sanciona-homestead-act-lei-da-reforma-agraria-dos-eua>. Acesso em: 16 set. 020.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. São Paulo: RT, 2018.

DOCTRINA

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*. 2. ed. São Paulo: RT, 1987.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BRASIL. *Mensagem n. 1.047, de 6 de dezembro de 2006, da Presidência da República*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Msg/Vep/VEP-1047-06.htm#:~:text=%E2%80%9CO%20Projeto%20de%20Lei%20quebra,aut%C3%B4nomos%20e%20de%20profissionais%20liberais. Acesso em: 16 set. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Agravo de petição. *Processo TRT/SP 0241600-04.2008.5.02.0051*. Relator: Álvaro Alves Noga. Julgado em 12.09.2013. Disponível em: www.trtsp.jus.br. Acesso em: 13 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. E-RR 974000-92.2007.5.09.0011. Data do Julgamento: 23.08.2018. Data da publicação: *DEJT* 31.10.2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#d8d9e20adc962e9b58d75b71d87bd4e5> Acesso em: 12 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. *Recurso de Embargos TST-E-ED-RR-61400-22.2006.5.09.0004*. Relator: Ministro José Roberto Freire Pimenta. Disponível em: www.tst.jus.br/web/guest/consulta-unificada. Acesso em: 12 fev. 2019.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: RT, 2017. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/lauchapp/tittle/rt/monografias/76474648/v12>.

LAZZARIN, Helena Kugel. A (im)penhorabilidade do bem de família no âmbito da execução trabalhista. *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, a. 31, n. 369, p. 78, set. 2014.

MARTINS, Melchíades Rodrigues. Penhora. Bem de família. Lei n. 8.009, de 29.03.90. Arguição. Momento. *LTr Suplemento Trabalhista*, São Paulo, a. 50, n. 40, p. 186, 2014.

USA. *Homestead Act (1862)*. U.S. National Archives & Records Administration. Disponível em: <https://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=false&doc=31>. Acesso em: 04 fev. 2019.

Recebido em: 18/09/2020

Aprovado em: 03/11/2020

A SÚMULA Nº 126 DO TST E OS FATOS QUE, POR DISPOSIÇÃO LEGAL, NÃO DEPENDEM DE PROVA

*THE TST “SÚMULA” NO. 126 AND THE FACTS THAT, BY LAW,
DO NOT DEPEND ON PROOF*

Thiago d’Ávila Melo Fernandes*
José Marcelo Leal de Oliveira Fernandes**

RESUMO: O propósito deste artigo é investigar a aplicabilidade da Súmula nº 126 do Tribunal Superior do Trabalho aos fatos que, por disposição legal, não dependem de prova. De acordo com essa súmula, o recurso de revista não pode provocar reexame de fatos e provas. Por isso, exige-se que os fatos nos quais amparados o recurso de revista estejam mencionados na decisão de segundo grau. Porém, há fatos que, de acordo com o art. 374 do CPC/2015, não dependem de prova. Esses fatos podem ser tomados como verdadeiros sem necessidade de exame probatório. Não precisam, portanto, constar da decisão de segundo grau. A aplicação da Súmula nº 126 do TST aos fatos que não dependem de prova é dissonante do que diz o art. 374 do CPC/2015.

PALAVRAS-CHAVE: Processo do Trabalho. Recurso de Revista. Reexame de Fatos e Provas. Fatos que Não Dependem de Prova.

ABSTRACT: This article is intended to examine the relationship of applicability between the Brazilian Superior Labour Court (TST) “Súmula” no. 126 and the facts that, by law, do not depend on proof. In accord to this “súmula”, the review of appeal must not provoke new exploration of facts and proofs. As consequence, the facts alleged in the appeal of review are required to be mentioned in the second degree decision. However, there are facts that, as the article 374 of the Code of Civil Procedure of Brazil (CPC) says, do not depend on proof. These facts can be considered as true without the necessity of proof examination. They are not required to be mentioned in the second degree decision. The application of the TST “Súmula” no. 126 to the facts that do not depend on proof is incompatible with the CPC article 374.

KEYWORDS: Labour Procedure. Review of Appeal. Examination of Facts and Proofs. Facts That do Not Depend on Proof.

* Advogado; mestre em Direito das Relações Sociais e graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

** Advogado; mestrando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP); graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

1 – Introdução

Este artigo tem por objetivo perquirir sobre a aplicabilidade da Súmula nº 126 do TST aos fatos que, por disposição legal, independem de prova¹.

A análise da incidência de referida súmula, que veda o reexame de fatos e provas, é dos temas mais sensíveis no que toca ao recurso de revista. A súmula é responsável pelo embasamento de expressivo número de decisões do Tribunal Superior do Trabalho que não conhecem de recursos de revista ou que negam provimento/seguimento a agravos de instrumento em recurso de revista.

A súmula decorre da natureza extraordinária do recurso de revista e enseja a necessidade de que os fatos em que o recurso se ampara estejam registrados no acórdão regional, permitindo que o TST possa conhecer esses dados fáticos mediante a leitura da decisão recorrida e, a partir daí, realizar a subsunção da norma ao fato e exercer o rejuízo da causa.

Um dos pontos relevantes acerca de aludida norma jurisprudencial consiste em sua aplicabilidade a recursos que estejam amparados em premissas fáticas que, por força de previsão legal (art. 374 do CPC² e antigo art. 334 do CPC/73), independem de prova, quais sejam os fatos notórios, os afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, os admitidos no processo como incontroversos e aqueles em cujo favor milita presunção legal da existência ou de veracidade.

O TST não tem jurisprudência consolidada acerca da questão. Há decisões que aplicam a Súmula nº 126 do TST a tais fatos, exigindo que tenham eles sido objeto de pronunciamento por parte do tribunal regional³. Mas existem, em contrapartida, decisões que afastam a incidência do dispositivo jurisprudencial nessas hipóteses⁴.

1 Embora a Súmula nº 126 do TST faça referência ao recurso de revista e ao recurso de embargos, este artigo ficará adstrito à revista, que é o recurso cabível para o insurgimento contra o acórdão proferido por tribunal regional, órgão jurisdicional soberano quanto à análise das provas. É com a decisão regional que se dá o conflito objeto deste estudo. Ademais, o recurso de embargos tem cabimento em momento processual posterior ao do recurso de revista, de sorte que as limitações impostas à revista são naturalmente impostas aos embargos.

2 No decorrer do texto, o CPC mencionado sem especificação de ano será sempre o CPC/2015.

3 Nessa linha: TST, AIRR 264940-55.1998.5.02.0009, 6ª T., j. 05.12.07, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, DJ 08.02.08; TST, RR 565392-31.1999.5.01.5555, 4ª T., j. 18.02.04, Rel. Min. Milton de Moura França, DJ 12.03.04.

4 Pela inaplicabilidade da Súmula nº 126 do TST: “1 – AGRADO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RECLAMANTE. NA VIGÊNCIA DAS LEIS NS. 13.015/2014 E 13.467/2017 E DA IN Nº 40/TST. TRANSCENDÊNCIA. PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO DO TRT POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. 1. No caso concreto, supera-se a análise

O problema, em que pese relevante, não tem tido maior atenção por parte da doutrina.

Diante disso, este artigo objetiva analisar detalhadamente a questão para, por meio de incursões sobre os fatos que não dependem de prova, a atuação do TST como Corte superior, os limites e funções do recurso de revista e a Súmula nº 126 do TST, demonstrar que a aplicação dessa súmula a aludidos fatos independentes de prova (com a consequente exigência de que estejam previstos no acórdão regional) é incompatível com o art. 374 do CPC.

2 – Considerações sobre os fatos que, por disposição legal, não dependem de prova

Teresa Arruda Alvim leciona que “a prova é atividade cujo resultado será aquilo que deve ser tido por verdade pelo juiz, para servir de base à sua sentença”⁵.

Todavia, para ser objeto de prova, como pontua Arruda Alvim, não basta que o fato seja alegado por uma das partes. Há casos em que é desnecessária a prova de determinado fato arguido no processo⁶.

Considerando a preocupação do Processo Civil com a verdade formal (o que também ocorre com o Processo do Trabalho), o CPC tem técnica por meio da qual o juiz, independentemente da existência de provas, é autorizado a considerar existentes determinados fatos. Nesse sentido, seu art. 374 dispõe que independem de prova os seguintes fatos: notórios; afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; admitidos no processo como incontroversos; e em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

da transcendência quanto a preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, ante a transcendência e a possibilidade de provimento quanto à matéria de fundo (ente público – responsabilidade subsidiária). 2. Não há utilidade no exame da preliminar nos termos do art. 282, § 2º, do CPC. 3. Cumpre registrar que, embora o TRT não haja se manifestado sobre a alegação do reclamante de que a reclamada admitiu na contestação a falta de fiscalização, não haveria nulidade a ser declarada, na medida em que o caso é de fato incontroverso constante em peça processual inerente aos próprios autos, o qual pode ser levado em conta na análise do tema de fundo da responsabilidade subsidiária, sem nenhum prejuízo para o demandante. Registre-se que o caso também é de prequestionamento ficto quanto à matéria de direito (não se aplica a Súmula nº 126 do TST quanto ao conteúdo da contestação). 4. Agravo de instrumento a que se nega provimento” (TST, ARR 1022-59.2017.5.12.0060, 6ª T., j. 29.05.2019, Relª Minª Kátia Magalhães Arruda, DEJT 31.05.2019). Em semelhante sentido, *contrario sensu*: TST, RR 4315-91.2012.5.12.0034, 7ª T., j. 27.04.2020, Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, DEJT 20.05.2016.

5 ALVIM, Teresa Arruda. *Embargos de declaração*: como se motiva uma decisão judicial?. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 145.

6 ALVIM, Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: RT, 2016. p. 241-242.

Teresa Arruda Alvim define:

“(…) incontrovertidos são os que não geraram desacordo entre autor e réu; notórios são os de conhecimento do *homo medius*; confessados são aqueles a respeito dos quais a parte, a quem estes mesmos fatos não são favoráveis (autor ou réu), admitiu inteiramente; objeto de presunção legal são aqueles cuja prova direta é dispensada pela lei, se for provado um outro fato, este sim objeto de prova direta.”⁷

O legislador processual civil permite, por conseguinte, que o magistrado reputar verdadeiros, sem necessidade de perquirir sobre as provas, os fatos incontrovertidos (que não geraram desacordo entre autor e réu), os notórios (de conhecimento do homem médio – no caso, o julgador, dentro do contexto jurídico e social em que inserido), os confessados (admitidos inteiramente pela parte à qual são desfavoráveis) e os objeto de presunção legal de existência ou de veracidade (aqueles cuja prova direta é dispensada pela lei).

No que concerne aos fatos confessados, cumpre salientar aspecto de relevância a esta pesquisa. A confissão, judicial ou extrajudicial, é, de acordo com o art. 389 do CPC, prova⁸. Sendo assim, a verificação da ocorrência de confissão demanda do julgador a análise de prova (a própria confissão).

Feitas essas considerações, serão abordados, a seguir, aspectos atinentes à função e aos limites do recurso de revista.

3 – A função e os limites do recurso de revista

A legislação sobre Direito do Trabalho é de competência privativa da União, de acordo com o art. 22, I, da CF, o que implica um Direito do Trabalho único para a integralidade do território nacional. Isso não significa, porém, que os dispositivos legislativos trabalhistas sejam aplicados igualmente em todo o País. A aplicação das normas jurídicas pressupõe interpretação, que, naturalmente, varia entre os órgãos da Justiça do Trabalho⁹.

Em razão disso, ao Tribunal Superior do Trabalho é dada a incumbência de cuidar da unidade da interpretação da legislação trabalhista em âmbito nacional.

7 ALVIM, Teresa Arruda, *op. cit.*, p. 149.

8 ALVIM, Arruda, *op. cit.*, p. 436-437.

9 PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto. *Recursos de natureza extraordinária no TST: recurso de revista e embargos por divergência*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 66-67.

Ricardo José Macêdo de Britto Pereira pontua, com acerto, que, não fosse assim, “o resultado seria a existência de condições de trabalho diferenciadas de acordo com a localidade ou região a do país, perdendo sentido a competência privativa da União”¹⁰.

Estêvão Mallet enaltece a importância dessa tarefa do TST: “se não houvesse como unificar interpretações divergentes em torno do mesmo dispositivo legal, em pouco tempo o Direito do Trabalho nacional seria substituído, na prática, por diferentes versões locais”¹¹.

O recurso de revista, nessa quadra, como se percebe das hipóteses de cabimento elencadas pelo art. 896 da CLT, é o instrumento por meio do qual se devolve a questão jurídica ao TST, para que este exerça seu mister de dar a última palavra sobre a interpretação do Direito Trabalhista e nortear os órgãos jurisdicionais hierarquicamente inferiores.

Trata-se da função nomofilática, típica dos recursos dirigidos aos tribunais de cúpula, a qual, como conceituam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, “consubstancia-se, assim, na consecução da unidade do direito mediante sua adequada interpretação”¹².

O recurso de revista é imbuído desse papel desde suas primeiras previsões legais. Na redação original da CLT, o recurso de revista, então denominado “recurso extraordinário”, era cabível das decisões de última instância que dessem à mesma norma jurídica interpretação diversa da dada por um Conselho Regional ou pela Câmara de Justiça do Trabalho e das decisões proferidas com violação expressa ao direito. A Lei nº 861/1949 estabeleceu o nome de recurso de revista e passou a prever seu cabimento contra decisões de última instância que dessem à mesma norma jurídica interpretação diversa da dada pelo mesmo Tribunal Regional ou pelo Tribunal Superior do Trabalho e proferida com violação da norma jurídica ou princípios gerais do direito¹³.

Desde sua origem até a atualidade, o recurso de revista, como se vê, está umbilicalmente ligado ao interesse pela unidade da interpretação do Direito do Trabalho.

Com relação ao objetivo a que se propõem, a doutrina distingue os recursos em voltados ao *jus constitutionis* e voltados ao *jus litigatoris*. Os

10 PEREIRA, *op. cit.*, p. 67.

11 MALLETT, Estêvão. *Do recurso de revista no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995. p. 201.

12 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Recurso extraordinário e recurso especial: do jus litigatoris ao jus constitutionis*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 53.

13 PEREIRA, *op. cit.*, p. 70.

primeiros têm como fim a busca pela unidade do direito mediante a adoção da correta interpretação normativa a partir de casos concretos. Os outros têm como propósito obter o controle das decisões das instâncias ordinárias erigido no interesse das partes da lide¹⁴.

Tendo em conta essa classificação, a finalidade existencial do recurso de revista, sem dúvida alguma, é o *jus constitutionis*. É dizer: a revista é, por essência, fundamentada no interesse público de obter do TST a adequada interpretação jurídica das normas trabalhistas (ênfase no direito objetivo), e não no objetivo de satisfação do interesse das partes (direito subjetivo).

Eis a lição de João Oreste Dalazen acerca desse aspecto:

“Como sabemos, ao contrário dos recursos de natureza ordinária, o recurso de revista não tem por função ou finalidade imediata propriamente distribuir justiça às partes, ou reformar a decisão regional acaso injusta, tanto que não se presta ao reexame de fatos e provas.

Infere-se do art. 896 da CLT que o recurso de revista cumpre finalidade bem distinta. O recurso de revista (e, portanto, o Tribunal Superior do Trabalho, mediante o recurso de revista!!) realiza *dupla função*:

1^a) *uniformizar* a jurisprudência trabalhista na interpretação do direito em tese (proporcionando *segurança* aos jurisdicionados e evitando o caos resultante de possível dissenso de julgados entre 24 Tribunais Regionais do Trabalho);

2^a) *restabelecer o primado da lei federal violada*, inclusive da Constituição Federal, no âmbito da competência material da Justiça do Trabalho.

Em uma palavra: a finalidade do recurso de revista é essencialmente a tutela do *direito objetivo*.¹⁵

No mesmo sentido, Cláudio Mascarenhas Brandão pontua que o propósito da atuação do Tribunal Superior do Trabalho (por meio do julgamento do recurso de revista) não é a tutela do direito subjetivo das partes e a realização de justiça no caso concreto:

“*As Cortes superiores, como por todos sabido, não são tribunais de justiça, no sentido de buscar a decisão mais justa à causa.*

(...)

14 MARINONI; MITIDIERO, *op. cit.*, p. 19.

15 DALAZEN, João Oreste. *Lições de direito e processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017. p. 14.

DOCTRINA

Portanto, se, em regra, o objetivo não é fazer justiça e proferir a decisão mais justa possível, diante da controvérsia trazida à apreciação do Judiciário, em face do conflito que precede o ingresso em juízo, longe deverá estar o dilema em torno do resultado injusto, não raras vezes debruçado à sua frente.”¹⁶

Não se pode deixar de reconhecer, por óbvio, que as partes têm interesse no provimento jurisdicional do TST; esse tribunal, ao exercer sua atividade interpretativa mediante o julgamento de caso concreto, a fim de dar unidade ao direito (*jus constitutionis*), profere decisão que interessa às partes. Nada obstante, o interesse das partes que enseja a interposição do recurso é mero instrumento; a ligação entre a solução jurídica dada pelo Tribunal Superior do Trabalho e o interesse das partes é secundária. A finalidade da revista e a atuação do TST são voltadas, primordialmente, ao interesse coletivo de garantia da inteireza do Direito do Trabalho.

Em razão desse propósito específico do recurso de revista, o art. 896 da CLT prevê hipóteses restritas para seu cabimento, sendo, por isso, um recurso com fundamentação vinculada. Consequentemente, seu efeito devolutivo, na dimensão horizontal (matérias que podem ser impugnadas e devolvidas pelo recurso), é limitado, tendo em vista que apenas podem ser objeto de impugnação e devolução as matérias que contemplem aquilo a que esse dispositivo faz referência.

Essas características implicam a classificação do recurso de revista como de índole extraordinária, ao lado do recurso especial para STJ e do recurso extraordinário para o STF.

Acertadamente, Osmar Mendes Paixão Côrtes leciona que no Direito brasileiro os recursos são classificados em ordinários e extraordinários com base nos critérios amplitude e objetivo da impugnação. Os de natureza extraordinária têm como objeto imediato a proteção do direito objetivo, ao passo que os de índole ordinária visam à tutela dos interesses das partes em litígio. Os extraordinários, submetidos a requisitos específicos de admissibilidade, relacionados a seus próprios objetivos, possuem efeito devolutivo restrito, diferentemente dos recursos ordinários, dotados de grande amplitude de impugnação¹⁷.

16 BRANDÃO, Cláudio. *Reforma do sistema recursal trabalhista*: comentários à Lei n. 13.015/2014. São Paulo: LTr, 2015. p. 23-24.

17 CÔRTEES, Osmar Mendes Paixão. *Recursos para os tribunais superiores*: recurso extraordinário, recurso especial, embargos de divergência e agravos. 4. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 16.

Portanto, a identificação do recurso de revista como recurso de natureza extraordinária guarda relação direta com a limitação de seu efeito devolutivo¹⁸.

4 – A Súmula nº 126 do TST e a impossibilidade de reexame de fatos e provas por meio do recurso de revista

Uma das características do recurso de revista, reflexo da limitação do efeito devolutivo dos recursos de índole extraordinária, é a impossibilidade de suas razões buscarem reexame dos fatos e das provas do processo. A revista deve devolver questão estritamente jurídica, baseada, normalmente, nos fatos e nas provas estabelecidos na decisão recorrida.

É importante, nesse ponto, fazer breve digressão acerca da distinção entre questões fáticas e questões jurídicas na dimensão técnico-processual dos recursos excepcionais.

De acordo com Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas, o fenômeno jurídico abrange fato e direito, mas o problema, em si, pode residir em torno de aspecto fático ou de aspecto jurídico¹⁹.

No problema jurídico, é certo que os fatos ocorreram e como ocorreram. Para o julgador, estão superadas, nesse caso, as etapas do raciocínio acerca da verificação e do modo de ocorrência dos fatos. A atenção do juiz é centrada na compreensão da norma (mera interpretação dada à norma) ou na escolha da norma a ser aplicável aos fatos, na qualificação dos fatos ocorridos a partir do texto normativo (procedimento de subsunção)²⁰. É a subsunção, por estar relacionada a nuance fática, que interessa a este estudo.

A subsunção ocorre, por exemplo, quando se discute, a partir dos elementos fáticos mencionados pelo tribunal regional acerca das atividades exercidas por bancário em função gratificada, se existe a fidúcia necessária ao enquadramento no § 2º do art. 224 da CLT ou não (caso em que o encaixe se dá no *caput* desse artigo)²¹.

Não custa enfatizar: é imprescindível, na subsunção, que o Tribunal Superior do Trabalho possa reputar como certo o fato ao qual se busque dar uma interpretação jurídica diversa da dada em segundo grau de jurisdição.

18 PEREIRA, *op. cit.*, p. 59.

19 ALVIM; DANTAS, *op. cit.*, p. 361.

20 *Ibidem*, p. 361-364 e 370.

21 *Vide*: TST, RR 10522-15.2015.5.03.0079, 3ª T., j. 09.09.2020, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, *DEJT* 11.09.2020.

Diferentemente, há hipóteses nas quais existe dúvida a respeito da ocorrência dos fatos, ou mesmo de como ocorreram. Usualmente, porque a descrição fática feita na decisão recorrida não permite que se tome como certos os fatos alegados no recurso. Nesses contextos, está-se diante de questão de fato. As provas dos autos precisam ser reexaminadas para que o Tribunal Superior acolha a tese recursal e casse a decisão recorrida²². O que define a natureza fática da questão, em vista disso, é a dúvida quanto à ocorrência do fato; é, como diz Teresa Arruda Alvim, “a necessidade de se reexaminarem provas”²³.

As hipóteses de cabimento do recurso de revista, taxativamente previstas no art. 896 da CLT, revelam que, realmente, as questões que podem ser discutidas são estritamente jurídicas, o que denota a já referida limitação da dimensão horizontal do efeito devolutivo. Diferentemente, o recurso ordinário, como se nota do art. 895 da CLT e, analogicamente, do art. 1.013, *caput*, do CPC, não possui restrição quanto a fundamentos, podendo impugnar e devolver qualquer matéria da decisão recorrida.

Também na perspectiva vertical do efeito devolutivo da revista há limitação, não sendo permitido discutir problemas fáticos.

É possível, por aplicação analógica do art. 1.013, § 1º, do CPC, a devolução ao tribunal regional, por meio de recurso ordinário, de todas as questões relativas ao capítulo da sentença impugnado (dimensão vertical do efeito devolutivo), isto é, sem qualquer restrição quanto à natureza, podendo ser fática ou jurídica. A Súmula nº 393, I, do TST reconhece o efeito devolutivo em profundidade do recurso ordinário, por aplicação de aludido dispositivo do diploma processual civil.

O recurso de revista, diferentemente, não é legalmente contemplado por essa amplitude do efeito devolutivo no âmbito vertical.

A vedação ao reexame de fatos e provas por meio de recurso de natureza extraordinária, no Brasil, é uma característica adquirida do *writ of error*, o qual, tanto no modelo inglês como no americano (surgido do inglês), não servia para o reexame de fatos e provas, mas de questões de direito²⁴.

Ao recurso para o Supremo Tribunal Federal da Constituição de 1891, com algumas modificações surgidas com o advento da Reforma Constitucional

22 ALVIM; DANTAS, *op. cit.*, p. 361-369.

23 ALVIM, Teresa Arruda, *op. cit.*, p. 176.

24 CÔRTEZ, *op. cit.*, p. 65.

de 1926, já não era dado o poder de rever decisões dos Tribunais estaduais relacionadas ao exame de matéria fático-probatória²⁵.

Isso se confirmou na Constituição de 1934, para a qual o Supremo, julgando o recurso extraordinário, só podia rever matéria de direito, não fática²⁶.

Em paradigmático voto do Ministro Orozimbo Nonato no Agravo de Instrumento 15.249, de 1951, o STF, reputando impossível o reexame de fatos e provas por meio de recurso extraordinário, fez esclarecedora abordagem sobre a caracterização da questão jurídica passível de exame pela via do recurso extremo, distinguindo-a da fática. Tratava-se, inclusive, de uma questão trabalhista. Veja-se:

“O Sr. Ministro Orozimbo Nonato (Presidente): Invoca-se, no caso, acórdão em que sustentei, já agora com acolhida do eminente Ministro Hahnemann Guimarães –, que a caracterização jurídica da relação do trabalho – é matéria de direito, elementarmente, tipicamente, de direito. Na hipótese, está em jogo exatamente isso: saber se dados fatos, provados nos autos, caracterizam ou não o contrato de trabalho. Existe, pois, a meu ver, *questio juris*. Não digo, desde logo, que haja infração de letra da lei, porque os elementos, a meu ver, não são suficientemente claros, mas, *data venia* dos eminentes Ministros Hahnemann Guimarães e Edgard Costa, dou provimento ao agravo, para que o caso seja examinado mais detidamente em recurso extraordinário.”²⁷

No ano de 1963, o Supremo Tribunal Federal, no acórdão de julgamento do Agravo de Instrumento 29.710/SP, de relatoria do Ministro Evandro Lins,

25 *Ibidem*, p. 64.

26 *Ibidem*, p. 71. O autor cita elucidativa lição de Francisco Campos: “Ora, como resulta dos próprios termos em que a Constituição define a competência da Corte Suprema no exercício de sua jurisdição sobre os casos já decididos em única ou última instância pela Justiça dos Estados, a revisão a que esses casos estão sujeitos na última instância federal se circunscreve dentro de limites breves e precisos. O caráter extraordinário do recurso está nisto; nisto consiste, precisamente, a sua natureza excepcional. Não é um recurso que tenha a amplitude do recurso ordinário; o seu raio de ação compreende apenas alguns casos excepcionais e mesmo nestes casos excepcionais apenas a matéria em razão da qual o recurso foi instituído. Instituído para garantir a aplicação do direito federal onde haja ele de ser aplicado, a Corte Suprema, no seu julgamento, há de ater-se estritamente à questão sobre a qual lhe confere o instrumento constitucional o poder de revisão” (CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. São Paulo: Freitas Bastos, 1956. v. IV. p. 204). Prossegue citando outra importante análise feita por Francisco Campos: “Assim, pelo recurso extraordinário, como pelo *writ of error*, o que se devolve ao conhecimento da Corte Suprema, tanto aqui como nos Estados Unidos, não é a causa na sua totalidade, mas apenas a questão federal nela envolvida, e como federal só é a questão de direito federal, o que se sujeita, das decisões das Justiças estaduais, à revisão da Corte Suprema é a questão meramente legal ou puramente de direito” (CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. São Paulo: Freitas Bastos, 1956. v. IV. p. 206).

27 STF, AI 15.249, DJ 02.08.54.

negou provimento ao agravo em razão de o recurso extraordinário alegar fatos contrários aos descritos na decisão recorrida, indicando as provas dos autos que pretendiam fossem examinadas pelo Supremo (evidente pretensão de reexame de provas):

“RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO EVANDRO LINS: Êste o despacho agravado, da lavra do ilustre desembargador José Geraldo Rodrigues de Alckmin, presidente do Tribunal de Alçada de São Paulo:

‘(...) o v. acórdão apenas entendeu que os autores, consoante as provas, nunca estiveram na posse dos prédios e que/os réus não cometeram esbulho algum. (...)’

VOTO

O SENHOR MINISTRO EVANDRO LINS (Relator): O bem fundamentado despacho transcrito no relatório deve ser confirmado por seus próprios fundamentos. Tôda a matéria discutida – posse – girou em torno da prova dos autos. A própria petição do agravante evidencia que o que se pretende, através do recurso extraordinário, é o reexame de matéria de fato, pois aí se diz e se repete que ‘os autores ora agravantes *alegaram e provaram*’ (e enumera uma série de detalhes do feito, com indicação de folhas e de peças).

Houve aplicação da lei, em face das provas, dentro das atribuições da justiça local. Inadmissível, pois, o apêlo extraordinário.”²⁸

Esse acórdão proferido no Agravo de Instrumento 29.710/São Paulo, ao lado do exarado na Carta Testemunhável nº 3.713/Paraíba, de 1924, foi precedente originador da edição, no ano de 1963, da Súmula nº 279 do STF, segundo a qual “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”²⁹.

No mesmo período, o Tribunal Superior do Trabalho seguiu essa diretriz, reputando incabível o recurso de revista que demandasse novo exame das provas.

No acórdão de relatoria do Ministro Edgard de Oliveira Lima proferido no RR 1.418/1957, o TST, citando a já mencionada decisão do Ministro Oro-

28 STF, AI 29.710/SP, 1ª T., j. 14.10.63, Rel. Min. Evandro Lins e Silva, DJ 17.12.63.

29 STF, Súmula nº 279. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2174>. Acesso em: 15 set. 2020.

zimbo Nonato, fez distinção entre questão fática e questão jurídica, pontuando o cabimento do recurso de revista apenas para debater o problema jurídico³⁰.

No acórdão proferido no RR 58/1958, também de relatoria do Ministro Edgard de Oliveira Lima, o TST esclareceu que é de fato e prova e não pode ser devolvida em recurso de revista a controvérsia sobre as condições em que o serviço foi prestado. Disse que, diferentemente, a discussão sobre se os fatos provados configuram, ou não, contrato de trabalho é jurídica, pois se discute, nesse caso, apenas o efeito jurídico. Fez referência ao já mencionado acórdão do STF de relatoria do Ministro Orozimbo Nonato. Concluiu pelo não conhecimento do recurso de revista porque “o aspecto essencial do litígio é a controvérsia sobre as condições em que o reclamante trabalhava para a reclamada” e “a discussão reside precisamente sobre a existência dos fatos probatórios”. Observe-se o relevantíssimo acórdão:

“A caracterização legal do contrato de trabalho é questão eminente de direito.

Se a controvérsia é sobre as condições em que foi prestado o serviço, a matéria é de fato e de prova e isso não enseja a revista.

Porém, é *questio juris* e autoriza a *revista* determinar se os fatos, dados uniformemente como provados, configuram, ou não, o contrato de trabalho, porque então já não se discute sobre fatos e provas e sim sobre efeito jurídico, a aplicação do art. 3º da Consolidação.

VOTO

(...)

Impugnando o decisório, a recorrente insiste em que não ficou provada a relação de emprego, donde a improcedência da reclamação. Aponta como violado o art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho e invoca, como conflitantes, os arestos mencionados às fls. 158 e 159. Certo é, entretanto, que, na espécie foram encontrados aqueles requisitos ou pressupostos da relação empregatícia que nos acórdãos invocados estão apontados como indispensáveis à configuração do contrato de trabalho. Basta ler as razões de decidir do acórdão recorrido.

Relativamente à alegação da recorrente de que se tem estabelecido neste Tribunal Superior que é matéria de direito saber se existe, ou não a

30 TST, RR 1.418/1957, 1ª T., j. 27.09.57, Rel. Min. Edgard de Oliveira Lima, DJ 16.11.57.

relação de emprego, aqui temos votado no sentido que se segue e passou a constituir jurisprudência prevalente.

A caracterização legal do contrato de trabalho é questão eminentemente jurídica, quando não se discute sobre fatos, e sim sobre o efeito jurídico dos mesmos fatos, ou, em linguagem científica, que é a do direito: quando não se discute a existência dos fatos *probatórios* ou *probantes*, que é o efeito jurídico, a relação empregatícia, a sua caracterização, a sua existência jurídica.

No julgamento do Agravo de Instrumento 15.249, de 1951, o eminente Ministro Orozimbo Nonato se manifestou no sentido de que a caracterização jurídica do contrato de trabalho é matéria de direito, elementarmente, tipicamente de direito. E existe *questio juris* na hipótese em que estiver em jogo saber se determinados fatos, dados como provados nos autos, caracterizam ou não o contrato de trabalho.

Eis o voto do eminente Ministro, publicado no Diário da Justiça de 2 de agosto de 1954, p. 2.374:

(...)

No Recurso Extraordinário 21.037, ainda o Colendo Supremo Tribunal estabeleceu que o conceito legal de contrato de trabalho é matéria de direito, que enseja o recurso de revista para o Tribunal Superior do Trabalho (Diário de Justiça de 23-V-55, p. 1.789 a 1.790).

Isso rememorando, não se pode repelir *a priori* a revista sob a alegação pura e simples de que não comporta semelhante recurso a circunstância de se tratar de matéria de prova de relação de emprego.

(...)

Ora, na espécie em julgamento, os fatos não são recebidos uniformemente e o aspecto essencial do litígio é a controversia sobre as condições em que o reclamante trabalhava para a reclamada. A discussão reside precisamente sobre a existência dos fatos probatórios.

Quanto à violação do art. 3º da Consolidação, não ficou demonstrada e o fundamento do apelo, no tocante a esse aspecto correspondente a uma petição de princípio (*idem* (item) por *idem* (item)): da como demonstrado o que cumpria provar, porém não logrou fazê-lo.

Não conheço do recurso.³¹

31 TST, RR 58/1958, 1ª T., j. 02.05.58, Rel. Min. Edgard de Oliveira Lima, DJ 13.06.58.

DOCTRINA

Em 1967, o TST, sob relatoria do Ministro Celso Lanna, asseverou, no AI 1.332/1967, que “é estranha às finalidades da revista controverter matéria probatória”³².

Por fim, ao julgar o RR 1.614/1970, de que foi relator o Ministro Mozart Victor Russomano, o Tribunal Superior do Trabalho não conheceu de recurso de revista em virtude da pretensão de reexame de provas. No caso, o Tribunal Regional, com base na prova, entendeu não terem sido comprovadas as faltas atribuídas do empregado, que era dirigente sindical e detentor de estabilidade provisória. O recurso de revista defendia a tese superada no sentido de ser possível discutir “funda divergência entre a decisão e a prova”. Importante a transcrição:

“Recurso de revista não conhecido por envolver o reexame de matéria de fato. A jurisprudência que admitia a revista em caso de funda divergência entre a decisão e a prova está superada por uniformes e reiterados pronunciamentos do Tribunal Superior do Trabalho.

(...)

O eg. Tribunal do Trabalho da 2ª Região, confirmando decisão de primeira instância, entendeu não terem sido comprovadas as faltas atribuídas ao Recorrido, que era dirigente sindical e estava, por isso, acobertado pela ‘estabilidade provisória’, ordenando, assim, a reintegração do trabalhador (fl. 101).

VOTO

Não conheço, *preliminarmente*, do recurso.

O Recorrido sofreu despedida injusta, implicitamente (...) tal reconhecida pelo empregador, pois êste lhe concedeu aviso prévio (fl. 101, ac. do eg. TRT da 2ª Região).

Por outro lado, quando tomou conhecimento de que o Recorrido estava protegido pela ‘estabilidade provisória’, que defende o dirigente sindical de eventuais agressões do empregador, êste se preparou para ajuizar o inquérito contra o recorrido. Mas, as instâncias ordinárias concluíram, em face da prova, que as faltas atribuídas ao trabalhador, na realidade, inexistiram.

Trata-se, portanto, de matéria de fato. E tanto é assim que os acórdãos citados a fls. 105/106, para fundamentar a revista, são os antigos

32 TST, AI 1.332/1967, 1ª T., j. 15.12.67, Rel. Min. Celso Lanna, DJ 18.03.68.

e gastos arestos da década de 1950, quando êste Tribunal admitia tal recurso na hipótese de funda cisão entre a sentença e a prova.

Os acórdãos restantes (fls. 106/107) envolvem matéria puramente de fato, partindo de pressupostos diversos daqueles em que se fundou a decisão recorrida. Ocorre o mesmo relativamente aos arestos de fls. 109 e 111.

Isto pôstos.

ACORDAM os Juízes da 1a. Turma do Tribunal Superior do Trabalho, unânimemente, não conhecer do recurso.”³³

Como se nota da decisão acima reproduzida, o TST admitia o cabimento de recurso de revista na hipótese de “funda divergência entre a decisão e a prova”, mas superou esse entendimento e passou a vetar, totalmente, recurso de revista que pretendesse promover novo exame probatório.

Os quatro referidos acórdãos são os precedentes formadores da importantíssima Súmula nº 126 do TST, editada em 1981, a qual, semelhantemente à Súmula nº 279 do STF, dispõe ser “incabível o recurso de revista ou de embargos (arts. 896 e 894, b, da CLT) para reexame de fatos e provas”³⁴.

Referidos precedentes que originaram as Súmulas ns. 279 do STF e a 126 do TST têm em comum os seguintes aspectos: o recurso é amparado em fato objeto de controvérsia probatória; o fato alegado no recurso é distinto daquele descrito pelo tribunal de segunda instância com base nas provas; o Tribunal Superior, para analisar a tese do recurso, inevitavelmente precisaria examinar as provas do processo.

É importante perceber, dos pontos expostos no início deste tópico e dos precedentes mencionados, que o ponto nevrálgico relacionado à Súmula nº 126 do TST é a impossibilidade de o TST tomar como certo o fato no qual se estriba a tese do recurso de revista. É este o objetivo da súmula: vedar o conhecimento da revista quando o TST, para proceder à subsunção, não puder reputar como certo o fato alegado pela parte recorrente.

Em decorrência da impossibilidade de o Tribunal Superior do Trabalho examinar as provas do processo, é necessário que os fatos controvertidos discutidos juridicamente no recurso de revista estejam descritos no acórdão regional, a fim de permitir que o TST possa saber se esses elementos depen-

33 TST, RR 1.614/1970, 1ª T., j. 14.08.70, Rel. Min. Mozart Victor Russomano, DJ 11.09.70.

34 TST, Súmula nº 126. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_101_150.html#SUM-126. Acesso em: 15 set. 2020.

dentos de prova podem ser tomados como certos e se é possível a realização do processo subsuntivo.

Por essas razões, diz-se, usualmente, ser indispensável que o fato no qual amparado o recurso de revista esteja descrito no acórdão proferido pelo tribunal de origem, sob pena de a Súmula nº 126 do TST provocar o não conhecimento do recurso.

5 – Conclusão

É certo que pela natureza extraordinária do recurso de revista e pelo consequente efeito devolutivo limitado, deve haver atenção quanto ao impedimento do reexame de fatos e provas. Por isso, é natural que, via de regra, se exija a presença, no acórdão recorrido, dos fatos nos quais amparado o recurso de revista, sob pena de incidência da Súmula nº 126 do TST para obstar seu conhecimento.

Entretanto, essa regra tem exceções: não se aplica aos fatos que, por disposição legal, independem de prova, elencados no art. 374 do CPC (com ressalva dos fatos confessados, uma vez que a confissão, *per se*, constituir prova).

O TST, ao deparar-se com esses fatos, pode, pela redação de aludido dispositivo legal, adotá-los como verdadeiros sem necessidade do exame das provas do processo. Esses fatos não ensejam dúvida quanto à existência. Por essa razão, a questão de subsunção que os envolve não é de natureza fática. Em sentido contrário, a subsunção relacionada a esses fatos tem caráter eminentemente jurídico. O foco da atenção do magistrado, nessas hipóteses, reside não na ocorrência do fato (que pode ser constatada sem necessidade de exame das provas dos autos), mas tão somente na correta qualificação jurídica a ser dada.

A Súmula nº 126 do TST foi concebida a partir de precedentes que apontaram a impossibilidade de conhecimento de recursos de revista amparados em fatos probatoriamente controversos nos autos e contrários aos elementos fáticos mencionados nas decisões recorridas, de sorte que o TST inevitavelmente teria, para verificar a veracidade de tais fatos alegados no apelo revisional, de analisar as provas. O objetivo da súmula, como já explicado, é vedar o conhecimento da revista quando o TST, para realizar a subsunção, não puder adotar como certo o fato alegado no recurso.

Dessa feita, os motivos que proporcionaram a edição da Súmula, bem como o propósito do verbete, são distantes dos fatos aos quais alude o art. 374 do CPC. Por expressa disposição legal, o TST pode, sem que haja necessidade

DOCTRINA

de examinar as provas, reputar como certos os fatos mencionados no dispositivo processual, realizar a subsunção e rejeitar a causa.

O motivo pelo qual normalmente se exige que o fato alegado na revista esteja descrito na decisão regional – desobrigar o TST de examinar as provas – inexistente nas espécies de fatos às quais alude o art. 374 do CPC.

Inaplicável, por conseguinte, a Súmula nº 126 do TST aos fatos que independem de prova (à exceção daqueles expressamente confessados, como já dito). Esses fatos podem ser considerados pelo TST, ainda que não constem da decisão recorrida. Conclusão contrária parece ser dissonante do que dispõe o art. 374 do CPC.

6 – Referências bibliográficas

ALVIM, Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: RT, 2016.

ALVIM, Teresa Arruda. *Embargos de declaração: como se motiva uma decisão judicial?*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BRANDÃO, Cláudio. *Reforma do sistema recursal trabalhista: comentários à Lei n. 13.015/2014*. São Paulo: LTr, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 15.249, DJ 02.08.54.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 29.710/SP, 1ª T., j. 14.10.63, Rel. Min. Evandro Lins e Silva, DJ 17.12.63.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 279. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2174>. Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AI 1.332/1967, 1ª T., j. 15.12.67, Rel. Min. Celso Lanna, DJ 18.03.68.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR 264940-55.1998.5.02.0009, 6ª T., j. 05.12.07, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, DJ 08.02.08.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. ARR 1022-59.2017.5.12.0060, 6ª T., j. 29.05.2019, Relª Minª Kátia Magalhães Arruda, DEJT 31.05.2019. Em semelhante sentido, *contrario sensu*: RR 4315-91.2012.5.12.0034, 7ª T., j. 27.04.2020, Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, DEJT 20.05.2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR 10522-15.2015.5.03.0079, 3ª T., j. 09.09.2020, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, DEJT 11.09.2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR 1418/1957, 1ª T., j. 27.09.57, Rel. Min. Edgard de Oliveira Lima, DJ 16.11.57.

DOCTRINA

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR 1614/1970, 1ª T., j. 14.08.70, Rel. Min. Mozart Victor Russomano, *DJ* 11.09.70.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR 565392-31.1999.5.01.5555, 4ª T., j. 18.02.04, Rel. Min. Milton de Moura França, *DJ* 12.03.04.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR 58/1958, 1ª T., j. 02.05.58, Rel. Min. Edgard de Oliveira Lima, *DJ* **13.06.58**.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 126. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_101_150.html#SUM-126. Acesso em: 15 set. 2020.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Recursos para os tribunais superiores: recurso extraordinário, recurso especial, embargos de divergência e agravos*. 4. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

DALAZEN, João Oreste. *Lições de direito e processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017.

MALLET, Estêvão. *Do recurso de revista no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Recurso extraordinário e recurso especial: do jus litigatoris ao jus constitutionis*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto. *Recursos de natureza extraordinária no TST: recurso de revista e embargos por divergência*. Salvador: Juspodivm, 2018.

Recebido em: 18/09/2020

Aprovado em: 03/11/2020

DESTERRITORIALIZAÇÃO E SEUS IMPACTOS NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

THE IMPACTS OF DETERRITORIALIZATION IN PROCEDURAL LABOR LAW

Camila Miranda de Moraes*

Fausto Siqueira Gaia**

RESUMO: A Constituição ocupa o lugar principal do sistema jurídico. A palavra jurisdição está espalhada em diversos trechos do Texto Constitucional com o sentido de limite espacial ou territorial onde os poderes jurisdicionais podem ser exercidos. A consequência mais elementar do acesso à justiça é prestar jurisdição. A jurisdição moderna deixou de ser o mero poder de dizer o direito para ser entendida como o poder de efetivar esse direito. A aderência da jurisdição ao território é apontada como princípio da jurisdição, mas esse conceito tem se modificado com a introdução do processo judicial que tramita em meio eletrônico. A desterritorialização propiciada pelo meio eletrônico é que permite que os atos processuais sejam praticados fora do território da sua jurisdição.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à Justiça. Jurisdição. Desterritorialização.

ABSTRACT: The Constitution occupies the main spot in the legal system. The word jurisdiction is spreaded throughout the Constitution meaning spacial boundary in which the jurisdictional powers can be used. The basic consequence of access to justice is the enforcement of the law thru the judiciary system. The adherence of jurisdiction to the territory is one of the principles of jurisdiction, but this concept is changing because of judicial procedure in eletronic means. Deterritorialization allows procedural acts to happen outside its jurisdiction.

KEYWORDS: Access to Justice. Jurisdiction. Deterritorialization.

1 – Introdução

O ponto de partida para analisar qualquer instituto jurídico é a Constituição, dada sua posição de supremacia hierárquica ante as demais normas do ordenamento jurídico e sua influência na sistematização e

* *Doutora em Direito do Trabalho (PUC-SP); juíza do trabalho titular da 1ª Vara do Trabalho de Sobral/CE; autora do livro “Processo judicial eletrônico e efetividade dos direitos trabalhistas”.*

** *Doutor em Direito do Trabalho (PUC-SP); juiz do trabalho substituto do TRT da 17ª Região (ES); autor do livro “Uberização do trabalho – aspectos da subordinação jurídica disruptiva”.*

interpretação desse ordenamento¹. Não é diferente com a jurisdição e o acesso à justiça, que devem ser estudados a partir do prisma constitucional para que se possa compreender sua importância. A Constituição ocupa o lugar principal do sistema jurídico.

Na Constituição brasileira de 1988, a palavra “jurisdição” é mencionada 24 (vinte e quatro) vezes e com diversos sentidos. Já a palavra “jurisdicional” aparece nove vezes e a palavra “judiciário” é transcrita 32 vezes, seja com o sentido de Poder Judiciário, seja no sentido de órgão judiciário ou serviço judiciário. A palavra “justiça”, no sentido daquilo que é justo, apareceu apenas no preâmbulo do Texto Constitucional – nas demais vezes em que é citada é no sentido de órgão do Poder Judiciário (Tribunal de Justiça, Justiça Eleitoral, Justiça Federal, Justiça do Trabalho, Superior Tribunal de Justiça) ou no sentido de processo sigiloso (“segredo de justiça”²).

O preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 fixa a justiça como valor supremo enquanto o inciso I do art. 3º da Constituição estabelece que construir uma sociedade justa é, dentre outros, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil.

A palavra jurisdição está espalhada em diversos trechos do Texto Constitucional com o sentido de limite espacial ou territorial no qual os poderes jurisdicionais podem ser exercidos.

No Brasil, o fenômeno da constitucionalização de direitos torna-se particularmente significativo com a promulgação da Constituição da República de 1988. O catálogo de direitos nela inscritos é grandioso, assim como o projeto de sociedade nela pensado.

Diferentemente da Constituição portuguesa de 1976, que traz em seu art. 20⁰³ previsão explícita acerca do acesso à justiça, a Constituição da República

1 Wilson Alves de Souza ressalta a importância da Constituição como parâmetro mais relevante para estudo de um instituto jurídico: “Desde el punto de vista jerárquico, está fuera de duda que el estatuto normativo más relevante es la constitución, impregnada de garantías, principios (explícitos o implícitos) y reglas, a partir, en lo que se refiere al Derecho Procesal, del debido proceso, del acceso a la justicia y de una serie de derechos fundamentales, y reglas ordinarias de derecho procesal (...)” (*Los límites subjetivos internos de la jurisdicción: caracterización de la sentencia dictada por un órgano jurisdiccional sin atribución constitucional*. Salvador: Dois de Julho, 2016. p. 99).

2 Constituição de 1988: “Art. 14. (...) § 11. A ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé”. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

3 “Artigo 20.º Acesso ao direito e tutela jurisdiccional efectiva

1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.

2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade.

de 1988 não traz previsão expressa, mas o faz apenas indiretamente no inciso XXXV do art. 5º. A expressão “acesso à justiça” foi cunhada pela doutrina, mas não faz parte do Texto Constitucional de 1988⁴.

Entretanto, o inciso XXXV do art. 5º da Constituição diz que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” e erige essa determinação a patamar normativo mais significativo ao incluir esse ditame no Título II, “Dos direitos e garantias fundamentais”, que faz parte do Capítulo I, “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”.

Fazem também parte do rol dos direitos e garantias fundamentais descritos no art. 5º da Constituição da República de 1988, dentre outros, o direito de ser processado e sentenciado somente por autoridade competente (inciso LIII), de não ser privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (inciso LIV), da garantia do contraditório e da ampla defesa aos litigantes em processo judicial ou administrativo (inciso LV), a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos (inciso LVI).

A doutrina trata a disposição do inciso XXXV do art. 5º da Constituição de 1988 como a garantia dos cidadãos de buscar a atuação do Poder Judiciário na proteção de seus bens e direitos, o que se convencionou chamar princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário ou do “acesso à justiça”, no sentido de acesso ao Poder Judiciário⁵. Modernamente, o acesso à justiça é mais que isso.

Portanto, a Constituição elevou a apreciação de lesão ou ameaça de direito pelo Poder Judiciário ao inserir tal dispositivo no texto dos direitos e garantias fundamentais. Concordamos com José Roberto Nalini, para quem “O acesso à justiça deixou de ser tema teórico para encontrar reflexo no texto constitucional

3. A lei define e assegura a adequada protecção do segredo de justiça.

4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.

5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos”. PORTUGAL. Constituição (1976). *Constituição da República portuguesa*. Lisboa, 1976. Disponível em: <https://goo.gl/5n9Htv>. Acesso em: 20 ago. 2020.

4 “Mas, ainda que não exista previsão única expressa do ‘direito de acesso à justiça’ (nestes termos ou naqueles correlatos que traduzam a amplitude do direito para além do direito de acesso aos tribunais), é possível se inferir, da correlação entre os direitos autônomos expressa ou implicitamente salvaguardados, a referida garantia em sua maior extensão.” (GONTIJO, Danielly Cristina Araújo. *O direito fundamental de acesso à justiça*. São Paulo: LTr, 2015. p. 30)

5 J. J. Gomes Canotilho trata o tema como garantia de acesso aos tribunais nos termos do artigo 20 da Constituição portuguesa. *Vide*: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 491.

e para representar um contínuo esforço de todo o operador jurídico brasileiro, no sentido de alargar a porta da justiça a todos, principalmente os excluídos”⁶.

Resumidamente, pode-se afirmar que o direito de acesso à justiça tem natureza dúplice – tanto é direito fundamental quanto garantia –, porque admitir que fosse enquadrado em uma única dessas categorias implicaria desnaturá-lo. Isso, porque o acesso à justiça é o direito de garantir direitos. Assim, a consequência mais elementar do acesso à justiça é prestar a jurisdição.

O presente artigo tem por objetivo estudar os efeitos do fenômeno da desterritorialização no âmbito do processo do trabalho.

2 – Jurisdição

A etimologia da palavra “jurisdição” nos remete ao latim *iuris dictio*, cujo significado é “administração de justiça, julgamento; direito de administrar justiça; jurisdição; distrito jurisdicional”.

Comumente, se diz que jurisdição é o poder de dizer o direito exatamente por causa de sua origem nas palavras *iuris* (direito) e *dictio* (dizer). Essa seria uma ideia simples e objetiva, extraída diretamente da tradução da palavra latina que deu origem ao vocábulo na língua portuguesa: jurisdição como o poder de dizer o direito.

Dentre os aspectos aos quais a noção de jurisdição nos remete, dois merecem destaque. O primeiro aspecto poderia se dizer político, pois o monopólio da jurisdição é visto na perspectiva de ser um poder do Estado. Por isso, alguns doutrinadores defendem que a jurisdição é um poder. O segundo aspecto vislumbra a jurisdição como um dever do Estado.

Tais aspectos não deixam de ser como dois lados de uma mesma moeda: ao mesmo tempo que o Estado tem o poder de solucionar as contendas, isso também é uma obrigação que implica o dever de bem prestar um serviço ou atividade. Ao poder de dirimir controvérsias está atrelado o dever de fazê-lo de maneira justa, eficaz, organizada e célere. Pode-se afirmar que uma coisa não exclui a outra.

A perspectiva da jurisdição como poder está ligada à ideia de soberania estatal, posto que a jurisdição é uma manifestação ou forma de exercício dessa soberania. Somente o Estado organizado e suficientemente forte pode impor a solução da controvérsia às partes. Enquanto os cidadãos têm o direito subje-

6 NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 19.

tivo de ação, que é o direito de pedir providências em relação à determinada pretensão, é o Estado, por intermédio da jurisdição e do poder jurisdicional, que vai processar tal demanda e decidir quem tem razão.

Hodiernamente, a doutrina contemporânea tem se afastado da noção de que a jurisdição seria apenas o poder-dever do Estado de dizer o direito e sufraga que a jurisdição pode concretizar o direito material. Essa perspectiva é bastante considerável, pois se preocupa não só com a declaração de um direito, mas também com sua efetividade, sua materialização ou concretização.

Trata-se, em nossa opinião, de uma concepção mais completa do fenômeno da jurisdição, porque vislumbra o instituto com um propósito diferente do resto da doutrina, que é o de concretizar a vontade da Constituição por meio da satisfação do direito material.

A tônica dos autores contemporâneos é frisar e demonstrar que a Constituição deve ser o vetor não só da elaboração da norma jurídica como também de sua interpretação pelo jurista. Assim, para a vertente mais moderna da doutrina a jurisdição não pode se limitar a declarar a vontade da lei, seja porque a lei está sujeita aos ditames constitucionais, seja porque a mera declaração não serve para garantir a efetividade da tutela jurisdicional pretendida.

Percebe-se a mudança na posição da doutrina: a jurisdição deixa de ser estática no sentido de limitar-se à declaração do direito e torna-se elemento de satisfação do direito buscando garantir sua fruição por meio de tutelas efetivas. Esse mesmo reflexo foi percebido na noção do acesso à justiça, que deixou de ser meramente formal para ter como escopo um acesso qualificado tanto no aspecto quantitativo (aumento do número de pessoas que poderiam ingressar no Poder Judiciário) quanto qualitativo (criação de procedimentos específicos para certos tipos de demandas, de unidades jurisdicionais especializadas).

A jurisdição moderna deixou de ser o mero poder de dizer o direito (no sentido de simples declaração) para ser entendida como o poder de efetivar esse direito. A jurisdição decorre da soberania estatal e consiste no poder atribuído a um órgão estatal específico (Poder Judiciário) para solucionar controvérsias.

2.1 – Princípios da jurisdição

As características da jurisdição apresentam alguma variação na doutrina brasileira, posto que os autores incluem ou excluem determinadas qualidades da jurisdição ou mesmo as misturam com seus princípios. As principais características da jurisdição são substitutividade, lide, inércia e definitividade.

Comumente são apontados como princípios que norteiam a jurisdição sua inevitabilidade, a regular investidura do juiz, aderência da jurisdição ao território, indelegabilidade da jurisdição, inevitabilidade, inafastabilidade, juiz natural.

O marco teórico relevante para esta pesquisa é o fato de tradicionalmente a jurisdição ser conceituada como o poder de dizer o direito em um determinado território ou espaço geográfico – o que está diretamente ligado ao princípio da aderência da jurisdição ao território, pelo qual a jurisdição limita-se ao território do próprio Estado; ou seja, a jurisdição brasileira somente alcança o território nacional. Se houver necessidade de prática de atos fora do território nacional, deverá haver cooperação do Estado estrangeiro para que o ato seja praticado.

Há necessidade de reinterpretar os princípios da jurisdição e a jurisdição em si mesma em face da existência do processo judicial em meio eletrônico e da introdução e utilização de ferramentas tecnológicas no processo. Quem percebeu e alerta sucintamente para isso é Daniel Amorim Assumpção Neves, ao afirmar que “(...) a adoção do chamado ‘processo eletrônico’ certamente afetará o princípio da territorialidade, considerando-se que a própria ideia de ‘mundo virtual’ não se compatibiliza com limitações territoriais”⁷.

3 – Desterritorialização e seus impactos no processo do trabalho

A tecnologia é a ciência que estuda de maneira organizada e sistematizada o conjunto de procedimentos ou técnicas utilizadas pelo ser humano para criação dos mais variados ramos da atividade humana. Por meio da tecnologia e de suas descobertas, o homem busca melhorar suas condições de vida.

Não é incorreto pensar em tecnologia como tudo aquilo que não existe na natureza, é criado pelo homem e decorre de um longo processo de acumulação de seu conhecimento⁸.

O termo tecnologia possui diversas acepções. Num sentido amplo, pode-se conceituar tecnologia como “qualquer processo com capacidade de trans-

7 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 86.

8 VELOSO, Renato. *Tecnologia da informação e da comunicação: desafios e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2011. *passim*.

formação da realidade, física ou virtual”⁹. Para Manuel Castells, tecnologia¹⁰ é “o uso de conhecimentos científicos para especificar as vias de se fazerem as coisas de uma maneira reproduzível”¹¹. Já Otávio Pinto e Silva diz que “A tecnologia significa a aplicação sistemática do conhecimento científico ou outro conhecimento organizado a tarefas práticas (...)”¹².

Em síntese, a tecnologia da informática propiciou a informatização do processo judicial e a criação de um meio eletrônico no qual não apenas todos os atores processuais podem ter acesso ao processo judicial, mas também o público em geral.

É relevante compreender a importância e significado do meio no qual tramita o processo judicial. A mudança desse meio de tramitação do processo judicial (dos autos físicos, em papel, para autos eletrônicos, imateriais) é o principal catalisador dos impactos até agora perceptíveis em alguns institutos jurídicos e foi propiciado pela tecnologia atualmente disponível – o que significa dizer que o caminho está em permanente construção e aperfeiçoamento.

O meio em qual tramita o processo judicial tem relevância e é reflexo das mudanças pelas quais o mundo passa. A transição do processo judicial de papel (meio físico) para o meio eletrônico (imaterialidade) traz impactos não apenas na forma de tramitação do processo, mas também na prática dos atos processuais (desnecessidade de ir ao fórum protocolar a petição, elasticidade do horário em que se pode praticar o ato processual, acesso de várias pessoas ao mesmo tempo aos autos do processo eletrônico) e na própria organização do trabalho das unidades judiciárias (inclusive, a possibilidade de realização de teletrabalho).

9 BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e até onde regular as novas tecnologias? Entre inovação e preservação, os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 125.

10 Sobre o conceito de tecnologia, *vide* também: ALMEIDA, Daniel Freire e. *Um tribunal internacional para a internet*. São Paulo: Almedina, 2015. p. 34; BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. *Idem*, p. 125; CARRETEIRO, Ronald Pinto. *Inovação tecnológica: como garantir a modernidade do negócio*. Rio de Janeiro: LTC, 2009. p. 41; GUIMARÃES, Pollyanna Silva. *A tecnologia aliada à construção do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016. p. 23; MASUDA, Yoneji. *A sociedade da informação como sociedade pós-industrial*. Rio de Janeiro: Rio, 1980. p. 74; PIMENTEL, Alexandre Freire. *O direito cibernético: um enfoque teórico e lógico-aplicativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 106; RODRIGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín. *La administración de la justicia digitalizada: una necesidad inaplazable*. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2008. p. 25; TEIXEIRA, Tarcísio. *Curso de direito e processo eletrônico: doutrina, jurisprudência e prática*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 25.

11 CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005. v. 1. p. 67.

12 SILVA, Otávio Pinto e. *Processo eletrônico trabalhista*. São Paulo: LTr, 2013. p. 17.

DOCTRINA

A existência de um processo em meio eletrônico não é privilégio do Brasil. Na França, se fala em *procedure dematerialisée*, que quer dizer “procedimento desmaterializado”. Na Itália, chama-se “processo telemático”. Na Alemanha, se fala em “justiça eletrônica”. Na Espanha, chama-se “expediente judicial eletrônico”.

O fenômeno da desterritorialização no processo do trabalho surgiu pela mudança no meio de tramitação do processo judicial. Ao tramitar em meio eletrônico, imaterial, o processo judicial desprende-se não só de sua forma física, corpórea, material, mas também das amarras geográficas de maneira geral.

A característica da imaterialidade do processo em meio eletrônico (não existir de forma física, palpável) e sua aparente ubiquidade (característica de estar acessível em qualquer lugar do mundo desde que o interessado tenha como utilizar um computador com acesso à internet) acarretam o fenômeno chamado desterritorialização, que “acaba por desmaterializar a ideia de foro e de circunscrição judicial”¹³.

Assim, por exemplo, a partir do momento em que deixa de existir o óbice de ter de se dirigir a um lugar para realizar o ajuizamento das demandas (processos judiciais) e essa atividade pode ser realizada de qualquer lugar, sem limitações de horário, esse fator rompe as limitações até então impostas por barreiras geográficas. Da mesma forma acontece com as audiências por videoconferência, sejam estas realizadas ou não na sede dos juízos, pois o local geográfico onde se encontram os atores processuais deixa de ser relevante ou de impor limitações ao próprio andamento do processo.

Jean-Michel Sommer e Michel Azoula afirmam que o primeiro dos objetivos da desmaterialização dos processos é melhorar as condições de trabalho pela supressão ou redução da manipulação de pastas e autos físicos, facilitar o acesso aos autos por intermédio da possibilidade de que vários utilizadores os consultem simultaneamente, reforçar a segurança da gestão física dos autos, permitir o envio de peças processuais por meio telemático, reduzir o atraso no tempo de tratamento dos processos e assim beneficiar não só os utilizadores como também os jurisdicionados¹⁴.

13 CHAVES Jr., José Eduardo de Resende. Elementos para uma nova teoria do processo em rede. In: RE-NAULT, Luiz Otávio Linhares *et al.* (Coord.). *O que há de novo em processo do trabalho: homenagem ao Professor Aroldo Plínio Gonçalves*. São Paulo: LTr, 2015. p. 527.

14 SOMMER, Jean-Michel; AZOULA, Michel. La dématérialisation de l'organisation du travail et des procédures: l'exemple de la Cour de cassation. *Cour de cassation*. Paris, [s.d.]. Disponível em: <https://goo.gl/aUm4XD>. Acesso em: 17 ago. 2020.

DOCTRINA

Na Espanha, a informatização do processo judicial foi regulada pela Lei nº 18, de 5 de julho de 2011¹⁵. O preâmbulo da lei espanhola fundamenta a necessidade de modernização do Poder Judiciário como forma de conceder tutela efetiva aos direitos dos cidadãos, consolidar o Estado Democrático de Direito e melhorar a qualidade da democracia. Para tanto, afirma-se que a incorporação de novas tecnologias ao Poder Judiciário com uso generalizado e obrigatório contribuirá para incrementar os níveis de eficiência, baratear os custos do processo, evitar dilatações indevidas graças à agilidade conferida pelo uso das tecnologias da comunicação.

Os critérios para gestão eletrônica da atividade judicial levam em consideração os seguintes aspectos indicados no artigo 25.2 da Lei nº 18, de 5 de julho de 2011: possibilidade de supressão ou redução de documentação requerida dos cidadãos (o que significa que o serviço busca simplificação e desburocratização); redução do tempo de tramitação dos procedimentos (visando à celeridade) e racionalização da distribuição da carga de trabalho, das comunicações internas e introdução de indicadores de gestão (o que visa à melhoria da prestação da tutela jurisdicional).

A desterritorialização é a característica propiciada pelo meio eletrônico que permite que atos processuais sejam praticados fora do território de sua jurisdição, a exemplo da penhora *online* pelo sistema Bacenjud e da restrição de veículos pelo sistema Renajud.

Há de se recordar que a jurisdição como a conhecemos tradicionalmente toma como base o conceito de território, de local físico. Entretanto, hoje em dia vivemos numa sociedade da informação, na qual as pessoas podem acessar a internet e utilizar seus computadores em qualquer local para realizar as mais diferentes atividades – desde enviar um *e-mail* a adquirir produtos. Com isso, as comunicações foram facilitadas e as regras sobre fixação da jurisdição com base exclusivamente no território têm se tornado anacrônicas¹⁶.

Vislumbramos que o fenômeno da desterritorialização se estenderá ao cumprimento das cartas precatórias inquiritórias, pois será possível que o próprio Juízo Deprecante realize a coleta de depoimentos por intermédio de audiência de videoconferência. O depoente se dirige ao fórum indicado pelo Juízo Deprecante em dia e hora previamente agendados com o Juízo Deprecado para que o depoimento seja colhido.

15 ESPANHA. Jefatura del Estado. Ley 18, de 5 de julio de 2011. Reguladora del uso de tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia. *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2011. Disponível em: <https://goo.gl/EbntTF>. Acesso em: 17 ago. 2020.

16 ALMEIDA, *op. cit.*, p. 103-104.

DOCTRINA

Outro alcance importante do fenômeno da desterritorialização será a manutenção da higidez das regras sobre competência territorial e juiz natural previstas na CLT. Com o processo judicial em meio eletrônico e as audiências por videoconferência em todas as fases do processo, será plenamente possível o acesso à justiça e o pleno exercício do direito de ação por quem reside longe do local onde prestou de serviços.

Isso, porque a regra da CLT (art. 651) é de que a competência para ajuizamento da demanda é do local da prestação de serviços. É muito comum o ajuizamento de reclamações trabalhistas em juízo diverso do lugar onde houve a prestação dos serviços sob o argumento de que o trabalhador foi arrematado para trabalhar em lugar distante de onde reside, que a determinação legal do art. 651 da CLT impossibilita o exercício do direito de ação porque o trabalhador é hipossuficiente e não pode se deslocar até o juízo do lugar da prestação dos serviços.

A contrario sensu, o processo judicial em meio eletrônico permite que a demanda seja ajuizada no lugar da prestação dos serviços sem que a parte saia de sua casa e a inovação tecnológica propiciada pelos *softwares* de reuniões por videoconferência permite que haja oitiva de depoimentos pessoais e de testemunhas sem que haja deslocamentos desnecessários.

Assim, as fronteiras impostas pela jurisdição como noção de território, de limitação geográfica, começam a se diluir em razão das facilidades práticas oferecidas pela tecnologia e suas inúmeras aplicações aos processos judiciais.

4 – Conclusão

A desterritorialização é uma característica muito forte e particular das novas tecnologias, que permite que as pessoas e as coisas prescindam de deslocamento. Com a invenção do telefone, a mensagem pôde ser enviada sem necessidade de deslocamento do emitente e do receptor. O telefone celular conferiu maior mobilidade às pessoas no uso das comunicações por voz, e, atualmente, possibilita a transmissão de dados, imagens, documentos, etc. por meio de funções e aplicativos específicos.

Na prática forense, o sistema informatizado do processo judicial em meio eletrônico realça as virtudes da desterritorialização como uma de suas mais importantes características.

Já se percebeu que por intermédio do processo judicial em meio eletrônico cortou-se o cordão umbilical entre a jurisdição e o respectivo território. Não é mais necessário estar fisicamente presente para praticar ato processual como

DOCTRINA

outrora. Por mais que se diga que o advogado poderia redigir e assinar a petição, digitalizá-la e remetê-la por *e-mail*, era necessário que alguém a imprimisse e comparecesse ao fórum para realizar seu protocolo.

Hoje, com o processo judicial em meio eletrônico, o advogado pode praticar o ato processual em sua inteireza de qualquer lugar do mundo, desde que tenha um computador com acesso à internet e certificado digital. Além disso, atos como penhora de numerário podem ser praticados e efetivados além dos limites da jurisdição de determinada unidade.

O processo judicial em meio eletrônico confere uma certa sensação de ubiquidade, já que pode ser acessado para consultas o tempo todo, por todas as pessoas que possuam acesso à internet e de qualquer lugar. Some-se a isso o fato de que todos os atores processuais podem praticar atos ao mesmo tempo sem que haja qualquer interferência entre eles.

A desterritorialização e a ubiquidade do processo judicial eletrônico impõem mudanças na interpretação de institutos já consolidados. O conceito tradicional de jurisdição tem um sentido territorial que vem sendo modificado em razão da possibilidade de o Juiz, por meio do processo judicial em meio eletrônico, praticar atos processuais de qualquer lugar do mundo e que atingirão os processos abrangidos na sua competência.

A implantação e utilização de um novo meio para tramitação e desenvolvimento do processo judicial trará impactos no exercício da jurisdição como a conhecemos. Dentre tais impactos, podemos citar o cumprimento de cartas precatórias inquiritórias e as regras sobre competência territorial previstas na CLT.

5 – Referências bibliográficas

- ALMEIDA, Daniel Freire e. *Um tribunal internacional para a internet*. São Paulo: Almedina.
- BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e até onde regular as novas tecnologias? Entre inovação e preservação, os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARRETEIRO, Ronald Pinto. *Inovação tecnológica: como garantir a modernidade do negócio*. Rio de Janeiro: LTC, 2009.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005. v. 1.

DOCTRINA

CHAVES Jr., José Eduardo de Resende. Elementos para uma nova teoria do processo em rede. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares *et al.* (Coord.). *O que há de novo em processo do trabalho: homenagem ao professor Aroldo Plínio Gonçalves*. São Paulo: LTr, 2015.

ESPAÑA. Jefatura del Estado. Ley 18, de 5 de julio de 2011. Reguladora del uso de tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia. *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2011. Disponível em: <https://goo.gl/EbnttF>. Acesso em: 17 ago. 2020.

GONTIJO, Danielly Cristina Araújo. *O direito fundamental de acesso à justiça*. São Paulo: LTr, 2015.

GUIMARÃES, Pollyanna Silva. *A tecnologia aliada à construção do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016.

MASUDA, Yoneji. *A sociedade da informação como sociedade pós-industrial*. Rio de Janeiro: Rio, 1980.

NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

PIMENTEL, Alexandre Freire. *O direito cibernético: um enfoque teórico e lógico-aplicativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PORTUGAL. Constituição (1976). *Constituição da República portuguesa*. Lisboa, 1976. Disponível em: <https://goo.gl/5n9Htv>. Acesso em: 20 ago. 2020.

RODRIGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín. *La administración de la justicia digitalizada: una necesidad inaplazable*. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2008.

SILVA, Otávio Pinto e. *Processo eletrônico trabalhista*. São Paulo: LTr, 2013.

SOMMER, Jean-Michel; AZOULA, Michel. La dématérialisation de l'organisation du travail et des procédures: l'exemple de la Cour de cassation. *Cour de cassation*. Paris, [s.d.]. Disponível em: <https://goo.gl/aUm4XD>. Acesso em: 17 ago. 2020.

SOUZA, Wilson Alves de. *Los límites subjetivos internos de la jurisdicción: caracterización de la sentencia dictada por um órgão jurisdiccional sin atribución constitucional*. Salvador: Dois de Julho, 2016.

TEIXEIRA, Tarcísio. *Curso de direito e processo eletrônico: doutrina, jurisprudência e prática*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

VELOSO, Renato. *Tecnologia da informação e da comunicação: desafios e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

Recebido em: 18/09/2020

Aprovado em: 03/11/2020

O PROCEDIMENTO DE HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL NA ESFERA TRABALHISTA: ENSAIO SOBRE SUA APLICAÇÃO, REGRAS E DIVERGÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

THE EXTRAJUDICIAL AGREEMENT APPROVAL PROCEDURE IN THE LABOR SPHERE: TESTING ITS APPLICATION, RULES AND JURISPRUDENTIAL DIVERGENCES

Michel Carlos Rocha Santos*

Vanessa Barbosa Sousa**

RESUMO: Este ensaio tem como problema de análise os limites da atuação do Judiciário Trabalhista ao analisar pedido de homologação de autocomposição extrajudicial na esfera trabalhista, instituído como procedimento de jurisdição voluntária na Consolidação das Leis do Trabalho. O texto apresenta as divergências de entendimento jurisprudencial sobre o tema e o cenário de insegurança jurídica que paira sobre o instituto, o que indica a relevância jurídica da pesquisa. Para contribuir com o debate, se utiliza de metodologia de análise de decisão, valendo-se de julgamento realizado no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, pela 4ª Turma, para estabelecer premissas interpretativas e hermenêuticas definidoras da atuação da Justiça do Trabalho, quando provocada a analisar e homologar acordos extrajudiciais. Conclui que o Judiciário deve homologar tais acordos, salvo descumprimento de requisitos formais ou vício de consentimento, não sendo possível a alteração das cláusulas ou conteúdo da transação, para que não haja intromissão e mudança na manifestação de vontade das partes.

PALAVRAS-CHAVE: Autocomposição Extrajudicial. Homologação. Limites.

ABSTRACT: This essay has the problem of analyzing the limits of the performance of the Labor Judiciary when analyzing requests for homologation of extrajudicial self-composition in the labor sphere, instituted as a procedure of voluntary jurisdiction in the Consolidation of Labor Laws. The text presents the divergences of jurisprudential understanding on the theme and the scenario of legal uncertainty that hangs over the institute, which indicates the legal relevance of the research. To contribute to the debate, a decision analysis methodology is used, making use of the judgment made within the scope of the Superior Labor Court, through its 4th Class, to establish interpretative and hermeneutic premises that define the performance of the Labor Justice, when provoked to analyze and ratify extrajudicial agreements. It

* *Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas); professor de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho da PUC Minas; professor da PUC Minas Virtual; advogado.*

** *Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas); advogada.*

concludes that the Judiciary must ratify such agreements, except for non-compliance with formal requirements or a defect of consent, and it is not possible to change the clauses or content of the transaction, so that there is no interference and change in the parties' manifestation of will.

KEYWORDS: Extrajudicial Self-Composition. Homologation. Limits.

1 – A temática e caminhos escolhidos para análise: homologação de autocomposição extrajudicial na esfera trabalhista

Por meio da Reforma Trabalhista operada pela Lei nº 13.467, de 11 de novembro de 2017, houve a inclusão dos arts. 855-B a 855-E na Consolidação das Leis do Trabalho, que introduziram no âmbito da Justiça Laboral a possibilidade de os interessados utilizarem o procedimento de jurisdição voluntária, por meio da homologação de acordo extrajudicial.

O procedimento de jurisdição voluntária, em linhas gerais, concerne na homologação pelo Judiciário das aspirações dos requerentes, não havendo interesses litigiosos em pauta (PINHO, 2018).

Antes de tal previsão legal, havia controvérsia quanto à possibilidade de ajuizamento de ação judicial trabalhista visando, exclusivamente, à celebração de acordo ou a homologação de um acordo previamente pactuado entre as partes. Mauro Schiavi (2015) admitia essa possibilidade, com a adoção de cautelas pelo juiz do trabalho, como designar audiência e ouvir o trabalhador. Outros autores, como Enoque Ribeiro dos Santos e Ricardo Antonio Bittar Hajel Filho (2017), parecem defender a conciliação extrajudicial apenas pela via da comissão de conciliação prévia.

Ademais, a ausência de previsão legal quanto ao instituto em análise levava a um cenário de insegurança e pouca utilidade para os interessados, diante da possibilidade de o Judiciário Trabalhista não conhecer da avença ou se recusar a homologar a transação.

Nesse sentido, eventuais ajustes tratados direta e individualmente entre empregadoras e empregadores, sem uma lide prévia, não só careciam de qualquer valor legal, como não tinham nenhuma perspectiva de serem validados pelo Judiciário.

A criação do procedimento de jurisdição voluntária, por meio da homologação de acordo extrajudicial no âmbito trabalhista, se mostra uma inovação interessante para trazer maior segurança e celeridade para as relações laborais, especialmente na perspectiva da resolução de conflitos.

Pretende-se trazer à baila algumas discussões a respeito de sua aplicação, no que se refere aos limites de atuação do Judiciário Laboral dentro do

procedimento de jurisdição voluntária, em especial quanto à possibilidade ou não de os magistrados alterarem os termos da avença (adentrando no mérito/ conteúdo do acordo), ou mesmo de ocorrer uma recusa total ou parcial à homologação do acordo.

Isso, porque, ao sobrevir a previsão legal das partes resolverem questões relativas ao contrato de trabalho por meio de conciliação, surge a preocupação do Poder Judiciário de não permitir que essa prerrogativa se torne um meio de oficializar interesses escusos, lides ou pretensões simuladas ou representar pura renúncia a direitos trabalhistas fundamentais dos trabalhadores.

Não é exagero afirmar que, atualmente, existe grande insegurança quanto aos limites de aplicação do procedimento de homologação de acordo extrajudicial e seus desdobramentos.

Essa é a temática que se pretende analisar e contribuir com este ensaio, a partir do uso de metodologia de análise de decisão judicial, apresentando caminhos interpretativos e hermenêuticos para o assunto. Tal metodologia permite identificar as possíveis interpretações em relação ao problema de investigação e apontar a conclusão mais coerente e adequada para o tema.

Como fio condutor deste ensaio, será utilizado o recente julgado da 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, que, enfrentando a controvérsia em questão, no Acórdão publicado em 04.10.2019, nos autos do Recurso de Revista 1000016-93.2018.5.02.0431, em sessão presidida pelo Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, com participação dos Ministros Guilherme Augusto Caputo Bastos e Alexandre Luiz Ramos, e do Subprocurador-Geral do Trabalho, Dr. Alvacir Correa dos Santos, decidiu, por unanimidade, dar-lhe provimento para homologar a transação extrajudicial apresentada pelas interessadas, sem ressalvas, e com efeito de quitação geral do extinto contrato de trabalho, ainda que a discriminação das verbas do acordo tenha se firmado apenas sobre alguns aspectos/créditos do contrato laboral.

Antes, porém, é importante trazer a análise das regras procedimentais do procedimento de homologação de acordo extrajudicial, conforme disposições da Consolidação das Leis do Trabalho.

2 – A jurisdição voluntária e a homologação de autocomposição extrajudicial trabalhista

No Direito brasileiro, a primeira regulamentação prevendo a possibilidade de uma transação servir para encerrar um litígio surgiu com o Código Civil dos

Estados Unidos do Brasil de 1917, em seu art. 1.025: “É lícito aos interessados prevenirem, ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”.

Em 1973, com o advento do Código de Processo Civil, o procedimento de jurisdição voluntária foi incorporado ao ordenamento jurídico nacional, por meio dos arts. 1.103 e seguintes, nos quais foram estipulados prazos, formas e um rol taxativo de situações passíveis de utilizar esse sistema.

No entanto, foi somente com a Lei nº 9.099/95 que a possibilidade de homologação de acordos extrajudiciais passou a ser prevista expressamente, pela Lei brasileira, através de seu art. 57: “o acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, poderá ser homologado, no juízo competente, independente de termo, valendo a sentença como título executivo extrajudicial”.

Posteriormente, o Código Civil, em seus arts. 840, 851 e seguintes, incluiu no direito material a previsão da homologação de acordos extrajudiciais. E, ainda, o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) estabelece, no art. 720, que o procedimento de jurisdição voluntária se inicia por provocação do interessado, Ministério Público ou Defensoria Pública, prevendo, no inciso VIII do art. 725, a homologação de autocomposição extrajudicial, de qualquer natureza ou valor.

Contudo, no âmbito trabalhista, desde a CLT de 1943, em seu texto original, a única previsão sobre conciliação estava contida no art. 764 e seus parágrafos, que tratavam, exclusivamente, da obrigatoriedade de a Justiça do Trabalho fomentar a conciliação no correr das demandas, bem como sobre a prerrogativa de as partes celebrarem acordo como forma de encerrar litígio já proposto perante a justiça.

Portanto, não havia previsão legal autorizando a celebração de acordo trabalhista, salvo se ocorresse no curso de um processo litigioso.

Foi somente em 2017, com a Lei nº 13.467, que surgiu a possibilidade de se levar até a Justiça do Trabalho acordo extrajudicial firmado diretamente entre empregado e empregador, independentemente da existência de lide prévia.

Essa alteração incluiu na CLT o Capítulo III-A – Do Processo de Jurisdição Voluntária para Homologação de Acordo Extrajudicial –, e os arts. 855-B e seguintes, determinando os procedimentos e requisitos a serem observados para que o Judiciário Laboral possa homologar acordo extrajudicial:

“DO PROCESSO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA PARA HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL

DOCTRINA

Art. 855-B. O processo de homologação de acordo extrajudicial terá início por petição conjunta, sendo obrigatória a representação das partes por advogado. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 1º As partes não poderão ser representadas por advogado comum. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 2º Faculta-se ao trabalhador ser assistido pelo advogado do sindicato de sua categoria. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Art. 855-C. O disposto neste Capítulo não prejudica o prazo estabelecido no § 6º do art. 477 desta Consolidação e não afasta a aplicação da multa prevista no § 8º art. 477 desta Consolidação. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Art. 855-D. No prazo de quinze dias a contar da distribuição da petição, o juiz analisará o acordo, designará audiência se entender necessário e proferirá sentença. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Art. 855-E. A petição de homologação de acordo extrajudicial suspende o prazo prescricional da ação quanto aos direitos nela especificados. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Parágrafo único. O prazo prescricional voltará a fluir no dia útil seguinte ao do trânsito em julgado da decisão que negar a homologação do acordo. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)”

Essa é, portanto, a atual disposição legal sobre o tema, a qual foi objeto de análise do Tribunal Superior do Trabalho, na decisão que norteia a análise do tema neste ensaio.

De plano, cumpre esclarecer que o acordo extrajudicial trabalhista nada mais é do que um negócio jurídico, ou seja, um ato que visa à aquisição, à modificação ou à extinção de um direito.

Em nosso sistema jurídico, o art. 104 do Código Civil, aplicado subsidiariamente na Justiça do Trabalho, determina os parâmetros essenciais para a validade do negócio jurídico, quais sejam, *ipsis litteris*: “I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei”.

Além disso, no âmbito trabalhista, o art. 855-B da CLT e seus parágrafos fixaram alguns requisitos que necessitam igualmente ser observados para a realização de acordo extrajudicial, sendo eles: petição conjunta e representação das partes por advogados distintos.

Veja que, os parâmetros criados pela CLT para elaboração de acordos extrajudiciais visam demonstrar a existência de anuência mútua dos interessados, por meio da petição conjunta, bem como garantir de que os interesses individuais das partes serão considerados, haja vista a participação de advogados distintos.

Portanto, apresentado acordo extrajudicial no âmbito da Justiça do Trabalho, com agente capaz, objeto lícito, com forma prevista ou não proibida em lei, mediante petição conjunta e a participação de advogados diversos, temos um acordo extrajudicial que está apto a ser homologado pela Justiça do Trabalho.

O que vem gerando controvérsia são os parâmetros de atuação do Poder Judiciário sobre a vontade dos interessados, que buscam a justiça com o fim de ter seus intentos oficializados pela homologação de acordos extrajudiciais.

3 – A decisão do Tribunal Superior do Trabalho sobre a homologação de autocomposição extrajudicial laboral

Por meio de petição inicial distribuída sob o nº 1000016-93.2018.5.02.0431, na comarca de Santo André/SP, em 12.01.2018, pela empresa Merck Sharp & Dohme Farmacêutica Ltda., em conjunto com a ex-empregada Fabiana de Andrade, os interessados requereram do Poder Judiciário a Homologação de Acordo Extrajudicial firmado entre eles.

No acordo em questão, restou registrado que a ex-funcionária Fabiana Andrade havia sido demitida em virtude de uma reestruturação organizacional da empresa, e recebeu as verbas rescisórias tempestivamente, sendo objeto do acordo apenas vantagens não estabelecidas em lei, visando ter como contrapartida a quitação geral do extinto contrato de trabalho.

O juízo do CEJUSC-Sul/ABC, ao analisar a inicial e os termos do acordo, determinou que as partes discriminassem as verbas objeto da transação, sob pena de indeferimento, bem como designou audiência.

Em audiência realizada em 20 de março de 2018, as partes discriminaram as verbas do acordo como relativas a: “horas extras, adicional noturno, diferenças de premiação, indenização por uso da residência, diferença de DSR, indenização por danos morais, materiais e extrapatrimoniais, declaração de eventual estabilidade, reajuste salarial, diferença de vale-refeição, integração de vale-refeição ao salário, diferença de PLR, benefícios previstos em norma coletiva, indenização por uso de telefone e internet, indenização por uso do veículo, indenização pela compra de roupas e diferenças de FGTS, não podendo reclamar mais nada a estes títulos”.

DOCTRINA

Ao prolatar a sentença homologatória, a magistrada Sandra Sayuri Ikeda declarou ser impossível a quitação genérica de parcelas que não constem na petição de acordo, razão pela qual acolheu parcialmente o pedido de homologação do acordo extrajudicial, não acatando a quitação geral do extinto contrato de trabalho, limitando a quitação apenas quanto às verbas especificadas na emenda da inicial realizada em audiência.

Diante disso, a empresa interpôs recurso ordinário alegando violação do princípio da autonomia da vontade das partes, em virtude de a homologação do acordo extrajudicial ter ocorrido com ressalva.

Em acórdão proferido pela 15ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, em 21.06.2018, presidida pela Desembargadora Magda Aparecida Kersul de Brito, com o Relator Desembargador Jonas Santana de Brito, e a Revisora Desembargadora Maria Fernanda de Queiroz da Silveira, decidiram, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário da empregadora.

A decisão do Tribunal sustentou que a homologação de acordo extrajudicial visa possibilitar a composição das partes, incentivando a solução consensual dos conflitos, e não tem o objetivo de blindar a empresa de demandas trabalhistas e retirar direitos do trabalhador. E, ainda, que a quitação geral e irrestrita do contrato de trabalho fere o princípio da boa-fé e lealdade entre os contratantes.

Sobre o acórdão, a empresa opôs embargos de declaração visando ao prequestionamento sobre o princípio da autonomia da vontade das partes, o qual teve seu provimento negado por unanimidade.

Frente a isso, a empregadora interpôs recurso de revista, suscitando, entre outros argumentos, a negativa de prestação jurisdicional, violação ao princípio da autonomia da vontade das partes e a existência de divergência jurisprudencial.

Remetido os autos para o Tribunal Superior do Trabalho, por força de agravo de instrumento interposto contra decisão denegatória de seguimento ao recurso de revista, a 4ª Turma, em acórdão publicado em 04.10.2019, em sessão presidida pelo Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, com participação dos Ministros Guilherme Augusto Caputo Bastos e Alexandre Luiz Ramos, e do Subprocurador-Geral do Trabalho, Dr. Alvacir Correa dos Santos, conheceu do agravo de instrumento e o proveu para determinar o processamento do recurso de revista pela divergência jurisprudencial.

Ao conhecer do recurso de revista, a 4ª Turma argumentou que uma vez presentes os requisitos gerais de validade dos negócios jurídicos que se aplicam ao Direito do Trabalho, o magistrado deverá exercer tarefa binária, ou seja, tem a faculdade de homologar ou não o acordo extrajudicial, mas não poderá

substituir a vontade das partes e alterar os termos da avença ou homologar o ato parcialmente.

E assim decidiram, por unanimidade, dar provimento ao recurso de revista para reformar a sentença que havia sido ratificada pelo acórdão, e homologar a transação extrajudicial apresentada pelas interessadas, sem ressalvas, e com efeito de quitação geral do extinto contrato de trabalho.

Ao iniciar a análise do recurso de revista, o Relator, Ministro Ives Gandra Martins Filho, reconheceu a existência de transcendência jurídica no caso em apreço, em virtude de o tema, até então, não ter sido abordado pela Corte Superior do Trabalho.

Ao adentrar no mérito do recurso, o Relator registrou que a legislação trabalhista se modernizou para atender a dinâmica atual das relações laborais, trazendo maior flexibilidade na rescisão dos contratos de trabalho, sendo a homologação de acordos extrajudiciais, sem a necessidade de uma ação litigiosa prévia, com quitação geral do contrato de trabalho e formação de um título executivo extrajudicial, uma atualização legal que visa à simplicidade, celeridade e redução de litigiosidade:

“A moderna dinâmica das relações trabalhistas impôs a adoção de medidas de simplificação dos procedimentos de desligamento laboral, daí a desnecessidade de que o Judiciário tutele uma lide anterior ao acordo, como antes se dava, a fim de reconhecer a natureza de título executivo judicial ao pactuado em juízo. E esse é o sentido dos arts. 855-B a 855-E da CLT. Não fosse a possibilidade da quitação integral do contrato de trabalho com a chancela do Judiciário e o Capítulo III-A não teria sido acrescido ao Título X da CLT, que trata do Processo Judiciário do Trabalho.

Com efeito, além da simplificação do procedimento de apresentação do acordo à Justiça (CLT, art. 855-B, *caput*), restou assegurada ao empregado, ou ao trabalhador, pelo novo procedimento, a facilitação de cumprimento do pactuado com o empregador que, às vezes, ao tempo da rescisão, não teria como saldar de pronto todas as verbas concernentes ao contrato havido e não necessariamente rescisórias, mas se obriga, mediante a formação de um título executivo judicial, a pagá-las em lapso temporal razoável, que serve aos fins do trabalhador.

A lei precisa ser interpretada, portanto, não somente pelo princípio da boa-fé, que rege os negócios jurídicos, como também pelo matiz dos

princípios que informam a dinâmica das relações de trabalho atuais, como simplicidade, celeridade e redução da litigiosidade.”

O voto convergente também enfatizou o fato de a Reforma Trabalhista estar acompanhando a realidade das relações trabalhistas atuais:

“A Lei nº 13.467/2017, que instituiu a chamada reforma trabalhista, seguindo uma verdadeira tendência legislativa, passou a valorizar o conceito de autonomia da vontade.

Com o advento da mencionada Reforma, Empregadores e Empregados podem valer-se da nova regra estabelecida pelo art. 855-B da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que trata da possibilidade de homologação de acordo extrajudicial na Justiça do Trabalho.

Como se sabe, antes da Reforma, somente com ingresso da reclamatória trabalhista a Justiça do Trabalho tinha competência para homologar acordo, bem como somente mediante intermediação do Sindicato de classe as partes poderiam, por exemplo, transacionar acordos de redução de jornadas e salários.”

Quanto à possibilidade de retirada de cláusulas do acordo extrajudicial levado para homologação da Justiça do Trabalho, o Ministro Ives Gandra trouxe a referência de um trecho do ilustre Ministro Teori Zavascki, no precedente de repercussão geral RE 590.715/SC¹, para demonstrar a inaplicabilidade desse tipo de alteração na avença:

“Curial, ainda, trazer à baila, que a ideia que indelevelmente adere ao acordo extrajudicial é a de que, retirada uma das cláusulas que o compõem, a parte a quem ela favoreceria não faria o acordo. A alternativa que caberia ao Judiciário, portanto, seria a homologação integral ou a rejeição da proposta, se eivada de vícios. Tal entendimento resta corroborado pelo STF quanto à circunstância de a validade do acordo depender da homologação integral ou de sua rejeição total, não podendo ser balanceado pelo Poder Judiciário, senão vejamos o excerto do voto do ilustre Ministro Teori Zavascki no precedente de repercussão geral RE 590.715/SC, *in verbis*:

‘(...)

A cláusula aqui questionada compõe um acordo coletivo que foi homologado, e, portanto, somente poderia deixar de ser aplicada se fosse

1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 590.715/SC. Rel. Roberto Barroso. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 29 maio 2015.

rescindida. E, considerando a natureza eminentemente sinalagmática do acordo coletivo, a anulação de uma cláusula tão sensível como essa demandaria certamente a ineficácia do acordo em sua integralidade, inclusive em relação às cláusulas que beneficiam o empregado. Aparentemente, o que se pretende é anular uma cláusula, que poderia ser contrária ao interesse do empregado, mas manter as demais. Não vejo como, num acordo que tem natureza sinalagmática, fazer isso sem rescindir o acordo como um todo.’ (Voto do Min. Teori Zavascki no *leading case* STF-RE 590.715/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 29.05.2015)”

Nesse sentido, o voto do Relator afirmou que, presentes os requisitos de validade do negócio jurídico, cabe ao Judiciário apenas homologar ou não o acordo: “o magistrado tem, nessa nova conjuntura, tarefa binária, ou seja, tem a faculdade de homologar, ou não, o acordo extrajudicial, nos termos do art. 855-D, mas não lhe é franqueado substituir-se à vontade deduzida dos requerentes” (BRASIL, 2019).

Entretanto, asseverou que esse entendimento não retira da Justiça do Trabalho o dever de observar se, além do cumprimento dos requisitos extrínsecos, existem coações ou fraudes, pois essas ocorrências não deverão ser acolhidas:

“Note-se que o raciocínio aqui expendido não conduz à conclusão de que o magistrado, no procedimento especial instaurado pela Lei nº 13.467/2017, tenha que ser mero chancelador de requerimentos a ele apresentados. Cabe ao magistrado, por óbvio, a análise de todos os requisitos de validade extrínseca do ato, o que inclui o sopesamento da ocorrência de coações e fraudes, que, obviamente, não podem ser agasalhados pelo Judiciário.” (BRASIL, 2019)

O Ministro-Relator ressaltou as vantagens do procedimento de jurisdição voluntária por meio da homologação do acordo extrajudicial, na Justiça do Trabalho:

“Vale lembrar, ainda, que há vantagens trazidas pelo art. 855-B da CLT e inerentes à celebração de um pacto que põe fim ao contrato de trabalho, podendo nominar aqui a abreviação do tempo que um empregado levaria na Justiça do Trabalho, para receber a verba numa reclamatória; a segurança jurídica para os envolvidos de que a situação foi resolvida, sem pendência, mediante o reconhecimento da quitação geral do contrato pelo acordo; a eliminação do risco trazido pela Lei nº 13.467/2017 quanto à possibilidade de condenação do empregado ao pagamento dos honorários de advogado sucumbenciais; a eliminação do

obstáculo da produção de provas pelo trabalhador, quando dele o ônus; e a garantia de obtenção de um título executivo judicial, sem o desgaste do ajuizamento da ação trabalhista.”

O Ministro Alexandre Luiz Ramos, em seu voto convergente, ressaltou a importância de prevalecer a autonomia da vontade das partes e a segurança jurídica.

Portanto, como verificado acima, a decisão reformou o acórdão da 15ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, para conceder o efeito de quitação geral do extinto contrato de trabalho, por meio do acordo extrajudicial firmado entre as partes e homologado pelo Judiciário.

4 – O posicionamento dos tribunais trabalhistas, a divergência de entendimentos e os critérios interpretativos adequados para a homologação dos acordos extrajudiciais

Atualmente, a homologação de autocomposição extrajudicial trabalhista vem gerando grandes debates e opiniões divergentes no âmbito do Judiciário trabalhista. Em especial, a possibilidade ou não de o magistrado modificar os termos do acordo ou homologar a transação apenas parcialmente, deixando determinadas cláusulas e previsões sem a tutela da decisão homologatória.

No âmbito dos Tribunais Regionais Trabalhistas, diversos posicionamentos estão sendo exarados de forma convergente com o entendimento do TST exposto anteriormente.

É o que se verifica no Acórdão proferido nos autos do Processo 1000014-23.2018.5.02.0432, em 27.02.2020², pela 11ª Turma do Tribunal Regional da 2ª Região, em que o Relator Ricardo Verta Ludovice expressou seu entendimento no sentido de que, uma vez existentes os requisitos formais de validade do negócio jurídico, e observados as determinações do art. 855-B da CLT, são válidos os termos do acordo, inexistindo óbice a sua homologação.

Assim, presentes os requisitos formais de validade do negócio jurídico (art. 104 do CC), quais sejam, capacidade dos sujeitos, disponibilidade do objeto e atendimento da forma prevista em lei (arts. 855-B a 855-E da CLT), válidos os termos do acordo, inexistindo óbice à homologação integral da avença, notadamente quanto à quitação ampla e irrestrita do contrato de trabalho.

2 Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário 1000014-23.2018.5.02.0432, Oitava Turma, Rel. Ricardo Verta Ludovice. *Diário de Justiça Eletrônico*, São Paulo, 19 set. 2018.

Contudo, a mera existência dos requisitos objetivos do acordo extrajudicial acima explanados não gera expectativa de obrigação da homologação do acordo, pois na análise do caso concreto caberá ao Judiciário avaliar se o acordo está sendo utilizado com o fim de perpetuar, por exemplo, coação ou fraude, condutas inadmissíveis em nosso ordenamento jurídico, tal como decidido pelo TST no acórdão da 4ª Turma.

Seguindo essa linha de compreensão sobre o tema, a 4ª Câmara do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, nos autos do Processo 0000759-03.2019.5.12.0013³, em Acórdão proferido em 05.02.2020, por unanimidade, manteve a sentença que deixou de homologar o acordo extrajudicial pretendido pelas partes, tendo em vista que para o relator havia apenas a intenção de afastar procedimentos burocráticos pertinentes à rescisão contratual, bem como se evidenciava nítido interesse das partes de se esquivarem dos recolhimentos previdenciários devidos.

Isso posto, temos que a observância das disposições formais dos arts. 104 do Código Civil e 855-B da Consolidação das Leis do Trabalho são premissas imprescindíveis para se obter a homologação do acordo extrajudicial trabalhista; contudo, não são suficientes para impor que o Judiciário chancela a avença, na eventualidade de ser constatada a existência de condutas inadmissíveis em nosso ordenamento jurídico, tais como coação ou fraude, ou mesmo evitar recolhimentos previdenciários devidos por ocasião da rescisão contratual ou pagamento de haveres ao empregado.

Uma vez cientes dos requisitos necessários para o processamento do Acordo Extrajudicial na esfera trabalhista, cumpre analisarmos qual será a função da Justiça do Trabalho ao ser acionada para homologar a avença dos interessados.

Isso, porque, tratando-se de procedimento de jurisdição voluntária, as partes não provocam a tutela jurisdicional do Estado com o fim de solucionar o impasse entre a pretensão do requerente e a resistência do requerido, para que um intermediador neutro, de acordo com as normas legais, diga qual é o direito a ser deferido ou indeferido, por meio de seu julgamento.

No processo de jurisdição voluntária, as partes espontaneamente entram em um consenso a respeito de seus direitos e deveres, e apenas requerem a homologação do Judiciário com a finalidade de tornar o que restou conciliado indiscutivelmente válido e legal, visando dar à avença o caráter de título executivo extrajudicial, o que significa que o eventual descumprimento do compromisso

3 Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Recurso Ordinário 0000759-03.2019.5.12.0013, Quarta Câmara, Rel. Garibaldi Tadeu Pereira Ferreira. *Diário de Justiça Eletrônico*, Florianópolis, 5 mar. 2020

DOCTRINA

firmado, por qualquer das partes, passa a ser imediatamente punível conforme o teor do pacto elaborado, inexistindo a necessidade de se discutir a existência ou não de fatos, normas, ou provas relacionadas ao vínculo trabalhista que deu causa à celebração do acordo.

Logo, se, por um lado, no contencioso, o magistrado atua de forma a dar a solução para uma questão litigiosa por meio de seu julgamento, por outra banda, no procedimento de jurisdição voluntária, o juiz intervém para conferir eficácia ao negócio jurídico, agindo na tutela de interesses privados, através da homologação.

Nesse sentido, temos que o julgamento é a decisão do juízo sobre um litígio apresentado pelas partes, enquanto homologação é o ato pelo qual a autoridade judicial confirma ou ratifica o interesse dos requerentes, para assim dar validade jurídica e força executória ao que foi acordado.

Nessa senda, uma vez apresentado o acordo extrajudicial em total conformidade com os requisitos extrínsecos do ato e, não se constatando fraude, erro, dolo, simulação ou conduta antijurídica, não cabe ao Judiciário opinar sobre os termos do que restou avençado, posto que não foi convidado a deliberar sobre ele, cabe à Justiça Trabalhista apenas homologar ou não o requerimento.

E, em consonância com essas premissas, que a decisão do TST, condutora deste ensaio, declarou ser a função do Magistrado binária, no processo de jurisdição voluntária: “o magistrado tem, nessa nova conjuntura, tarefa binária, ou seja, tem a faculdade de homologar, ou não, o acordo extrajudicial, nos termos do art. 855-D, mas não lhe é franqueado substituir-se à vontade deduzida dos requerentes” (BRASIL, 2019).

Todavia, há diversas decisões proferidas pelos Tribunais Regionais Trabalhistas com entendimento divergente. Por exemplo, no âmbito do TRT da 6ª Região, ao apreciar a irrisignação da empregadora, por meio de seu recurso ordinário, com a modificação do teor original do acordo, em razão de o Magistrado ter retirado da cláusula de quitação geral do contrato, alterou a sentença homologatória para reconhecer como válida a cláusula de quitação geral do contrato, contudo, ainda assim não manteve os termos originais da avença, pois limitou a amplitude da quitação geral pretendida, fixando que esta não teria alcance a respeito de problema de saúde que porventura venha a surgir no futuro e que guarde relação com o labor⁴. E, ainda, recente decisão

4 Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. Recurso Ordinário 0000596-19.2018.5.06.0015, Primeira Turma, Rel. Sergio Torres Teixeira. *Diário de Justiça Eletrônico*, Recife, 1º mar. 2019.

do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, que reconheceu a invalidade de cláusula de quitação geral no acordo extrajudicial⁵.

No mais, é possível observar que a divergência de entendimentos quanto a o Judiciário adentrar ou não ao mérito da petição de acordo das partes está relacionada com o dever de o julgador não permitir fraudes, como foi pontuado pelo Ministro Ives Gandra, Relator da decisão já citada:

“Note-se que o raciocínio aqui expendido não conduz à conclusão de que o magistrado, no procedimento especial instaurado pela Lei nº 13.467/2017, tenha que ser mero chancelador de requerimentos a ele apresentados. Cabe ao magistrado, por óbvio, a análise de todos os requisitos de validade extrínseca do ato, o que inclui o sopesamento da ocorrência de coações e fraudes, que, obviamente, não podem ser agasalhados pelo Judiciário.” (BRASIL, 2019)

Nesse sentido, faz-se necessário ressaltar que, para Carlos Roberto Gonçalves (2018), coação é toda ameaça ou pressão injusta exercida sobre um indivíduo para forçá-lo, contra a sua vontade, a praticar um ato ou realizar um negócio, mediante o emprego da violência psicológica para viciar a vontade. E fraude, em linhas gerais, é o intuito de prejudicar alguém, como menciona Humberto Theodoro Júnior (1997).

Logo, pela própria natureza da coação e fraude, elas não poderão ser meramente presumidas na celebração de acordo extrajudicial, é necessário que estejam comprovadas, especialmente porque as partes consolidam o pacto por meio de seus advogados, razão pela qual se pressupõe que estes atuarão de forma lícita, e de modo a garantir a observação das vontades e interesses de seus clientes. Nesse sentido, a fundamentação da decisão da 4ª Turma do TST.

Quanto à cláusula de quitação geral, cumpre esclarecer que ela consiste na impossibilidade de o empregado discutir qualquer assunto relacionado ao vínculo empregatício objeto do acordo em demanda futura.

Ressalta-se que, nos acordos trabalhistas realizados no correr de ações litigiosas, a inclusão de cláusula de quitação geral é considerada plenamente válida, sendo extremamente comum sua utilização, inclusive muito antes da reforma trabalhista.

É extremamente bem aceita na jurisprudência a quitação geral pelo “extinto contrato de trabalho”, indagação que o juiz do trabalho sempre faz às

5 Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário 0010763-39.2020.5.03.0038, 11ª Turma, Relª Juliana Vignoli Cordeiro. *Diário de Justiça Eletrônico*, Belo Horizonte, 18 set. 2020.

partes e advogados quando formalizado acordo em ação trabalhista contenciosa em curso.

Analisando os autos do Processo 1000016-93.2018.5.02.0431, no qual foi proferida a decisão do TST objeto de análise, verifica-se que a discussão sobre a homologação total ou não do acordo pairava primordialmente sobre a validade da utilização da cláusula de quitação geral do contrato, sendo este assunto a controvérsia da maior parte dos recursos sobre sentenças homologatórias de acordos extrajudiciais.

Identifica-se que, nas decisões em que o acordo não foi homologado, ou foi homologado, mas com alteração da avença retirando a cláusula de quitação geral, os julgadores costumam justificar seu entendimento sob o fundamento de que a quitação ampla e irrestrita vai à contramão ao art. 840 do Código Civil, que determina a necessidade de haver concessões mútuas na celebração de um acordo; argumenta-se também que os direitos trabalhistas são irrenunciáveis, sendo vedado ao empregado dispor de direitos de natureza alimentar.

Com o devido respeito a esse entendimento, parece ser mais adequado se adotar a linha de interpretação do TST na decisão objeto deste estudo, pois, segundo a Corte Superior, competirá ao Judiciário analisar apenas os requisitos extrínsecos do acordo, não cabendo questionamentos sobre o anseio das partes, em especial porque ambas estão assistidas por seus advogados, elidindo, assim, qualquer mácula nas vontades envolvidas, ainda que a negociação envolva a renúncia de direitos por meio da cláusula de quitação geral e irrestrita do contrato de trabalho.

Ademais, a Corte Superior do Trabalho, na mesma decisão, ressaltou a importância da cláusula de quitação geral, que, além de estar em conformidade com o melhor entendimento sobre a matéria, caso fosse negada sua utilização, não haveria interesse dos empregadores em conciliar.

Verifica-se, portanto, que a questão da utilização da cláusula de quitação geral do contrato de trabalho tem sido analisada sob o prisma da liberdade de vontade das partes, reforçando o entendimento de que para homologação de acordo com a atuação judicial está limitada a averiguar a presença dos requisitos extrínsecos do ato, devendo prevalecer a vontade das partes a respeito do tema, salvo se for observada notória fraude ou coação. Dessa maneira, defende-se que, caso pairar alguma dúvida, o magistrado designe audiência para retificação da avença, ocasião em que poderá colher das partes e seus advogados a confirmação dos termos pactuados no instrumento de transação, inclusive quanto à cláusula de quitação geral.

Não se pode esquecer que inexistindo erro, dolo ou coação, não há por que não se homologar a transação com outorga de quitação geral do contrato de trabalho, caminho que a Justiça do Trabalho já adota quando se trata de acordos realizados em ação trabalhista típica ou contenciosa.

O empregado estará amparado, no negócio jurídico, por advogado particular ou sindical, podendo ou não conceder quitação geral ao seu empregador. Se é esse o seu desejo, deve prevalecer para fins de homologação do acordo.

5 – Considerações finais

O estudo em tela trouxe a discussão sobre o posicionamento do Judiciário quanto aos acordos extrajudiciais incluídos na legislação trabalhista por meio da Lei nº 13.467/2017, pela inclusão dos arts. 855-B ao 855-E da CLT.

Verificou-se que essa novidade legal implicou interpretações diferentes sobre o papel da Justiça na homologação das avenças extrajudiciais, havendo aqueles que entendem que o julgador tem o dever de apurar se o teor do pacto está em conformidade com os direitos do empregado, e aqueles que defendem que somente cabe ao Judiciário observar a presença dos requisitos extrínsecos do ato, devendo ser respeitada a livre vontade das partes, desde que não haja nenhuma coação ou fraude.

Este ensaio defende que intuito do legislador ao trazer para a esfera trabalhista a possibilidade de celebração de acordo extrajudicial é de aprimorar a aplicação do princípio da conciliação, inerente ao Direito do Trabalho, retirando a anterior obrigação de existir um litígio prévio para que fosse possível viabilizar uma avença entre as partes.

Nesse sentido, a autocomposição extrajudicial não guarda nenhuma distinção daquele que é realizado no correr de processo contencioso, em que as partes têm ampla liberdade de transigir, e é considerada perfeitamente válida a inclusão de cláusula de quitação geral.

Tamanha é a liberdade das partes na realização de acordo no correr de ações litigiosas que há posicionamento consolidado a respeito do direito das partes em determinar até mesmo a natureza das verbas objeto do acordo.

Ora, se no processo litigioso o empregado pode celebrar acordo em qualquer valor e outorgar quitação geral pelo extinto contrato de trabalho, sem nenhuma intervenção do Judiciário a respeito, além da observância dos requisitos extrínsecos do acordo, não se verificam razões para que no acordo extrajudicial essa liberdade seja tolhida.

DOCTRINA

Em especial, porque o requisito extrínseco da exigência de os requerentes estarem acompanhados de advogados distintos retira qualquer sombra de dúvida quanto ao conhecimento do empregado sobre o que se está transigindo, haja vista estar assistido por profissional competente que escolheu livremente para o fim de defender seus interesses na celebração do acordo.

Nessa direção, o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, em julgado da sua 4ª Turma, no sentido de que o acordo extrajudicial não confere ao Judiciário a prerrogativa de ponderar sobre o conteúdo dos pactos, ainda que seja sobre a cláusula de quitação geral do contrato de trabalho, é a mais acertada e coerente com o ordenamento jurídico trabalhista.

Ao se ater aos requisitos extrínsecos do ato, o Estado evita intromissão em assunto de interesse exclusivo das partes e cumpre adequadamente a função jurisdicional.

6 – Referências bibliográficas

BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Consolidação das Leis do Trabalho (1943).

BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de junho de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (1917).

BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Código de Processo Civil (1973).

BRASIL. *Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil (2002).

BRASIL. *Lei Federal nº 13.467, de 11 de novembro de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Brasil, 11 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 590.715/SC. Rel. Roberto Barroso. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 29 maio 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 1000016-93.2018.5.02.0431. Quarta Turma. Rel. Ives Gandra da Silva Martins Filho. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 4 out. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 296. *Diário de Justiça*, Brasília, 21 nov. 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 1.

MINAS GERAIS. Recurso Ordinário 0010763-39.2020.5.03.0038. 11ª Turma. Relª Juliana Vignoli Cordeiro. *Diário de Justiça Eletrônico*, Belo Horizonte, 18 set. 2020.

PERNAMBUCO. Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ordinário 0000596-19.2018.5.06.0015. Primeira Turma. Rel. Sergio Torres Teixeira. *Diário de Justiça Eletrônico*, Recife, 1º mar. 2019.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Direito processual civil contemporâneo: processo de conhecimento, cautelar, execução e procedimentos especiais*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 2.

DOCTRINA

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ordinário 0100141-33.2018.5.01.0005. Sétima Turma. Rel.^a Sayonara Grillo C. Silva. *Diário de Justiça Eletrônica*, Rio de Janeiro, 13 jul. 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ordinário 0000075-15.2018.5.12.0013. Quarta Turma. Rel. Garibaldi T. Pereira Ferreira. *Diário de Justiça Eletrônico*, Florianópolis, 10 set. 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ordinário 0000759-03.2019.5.12.0013. Quarta Câmara. Relator Garibaldi Tadeu Pereira Ferreira. *Diário de Justiça Eletrônico*, Florianópolis, 5 mar. 2020.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos Santos; HAJEL FILHO, Ricardo Antonio Bittar. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2017.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ordinário 1000014-23.2018.5.02.0432. Oitava Turma. Rel. Ricardo Verta Ludovice. *Diário de Justiça Eletrônico*, São Paulo, 19 set. 2018.

SCHIAVI, MAURO. *Manual de direito processual do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2015.

THEODORO Jr., Humberto. *Fraude contra credores: a natureza da sentença pauliana*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

Recebido em: 16/09/2020

Aprovado em: 03/11/2020

O USO DA TECNOLOGIA COMO INSTRUMENTO PARA A MANUTENÇÃO DOS SERVIÇOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO DURANTE A PANDEMIA

THE USE OF TECHNOLOGY AS AN INSTRUMENT FOR MAINTENANCE OF LABOR JUSTICE SERVICES DURING THE PANDEMIC

Tânia Regina Silva Reckziegel*

RESUMO: O artigo aborda o uso da tecnologia como forma de assegurar a continuidade dos serviços na Justiça do Trabalho em vista da pandemia do novo coronavírus (Covid-19). Foi necessário incrementar o uso das ferramentas tecnológicas para garantir seu papel social em meio à crise humanitária global. Apresenta, ainda, os atos normativos publicados pelo CNJ – Conselho Nacional de Justiça, que uniformizaram o funcionamento da justiça neste período histórico, contribuindo para a manutenção dos serviços aos jurisdicionados. E, como demonstração da manutenção dos serviços da Justiça do Trabalho durante a pandemia, apresenta os dados do Tribunal Superior do Trabalho – TST, que comprovam que a Justiça do Trabalho não parou neste período.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça do Trabalho. Uso da Tecnologia. Conselho Nacional de Justiça. Pandemia de Covid-19.

ABSTRACT: *The article addresses the use of technology as a way to ensure continuity of services in the Labor Court in view of the pandemic of the new coronavirus (COVID-19). It was necessary to increase the use of technological tools to guarantee their social role in the midst of the global humanitarian crisis. It also presents the normative acts published by the CNJ – National Council of Justice, which standardized the functioning of justice in this historic period, contributing to the maintenance of services to the courts. And as a demonstration of the maintenance of the Labor Justice services during the pandemic, I present the data from the Superior Labor Court – TST, which prove that the Labor Justice did not stop in this period.*

KEYWORDS: *Labor Justice. Use of Technology. National Council of Justice. COVID-19 Pandemic.*

* Desembargadora do Trabalho (TRT da 4ª Região – RS); conselheira do CNJ (Conselho Nacional de Justiça); doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidad del Museo Social Argentino; mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS; especialista em Gestão Pública pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS.

1 – Introdução

Momentos desafiadores proporcionam a busca por soluções inovadoras e é assim que a sociedade cresce e aprimora seu desenvolvimento. A época histórica pela qual a humanidade passa é um desses momentos. O ser humano e as instituições precisaram se reinventar para garantir sua sobrevivência. E tudo de uma forma organizada, pacífica, a garantir os direitos de todos os cidadãos, principalmente dos menos favorecidos.

Imersos na era digital e em meio à pandemia de Covid-19, mais do que nunca, foi necessário fazer uso de todas as ferramentas tecnológicas disponíveis, aperfeiçoar as existentes e lançar mão de inovações. Não foi diferente com a Justiça do Trabalho. Para garantir o acesso à Justiça, esforços foram somados com o intuito de dar continuidade à prestação jurisdicional ainda que de forma remota. Num país de dimensões continentais como o Brasil, a tarefa foi ainda mais difícil. Não fosse o uso das ferramentas tecnológicas, não teria sido possível dar continuidade ao trabalho da Justiça.

Sendo assim, durante a impossibilidade de serviços presenciais, devido à necessidade do distanciamento social, quatro formas do uso da tecnologia foram essenciais para a continuidade das atividades da Justiça: a adoção do trabalho remoto; a tramitação dos processos em meios digitais; a digitalização dos processos físicos; e a realização de audiências *online*.

E para que o funcionamento da Justiça do Trabalho em época de pandemia pudesse alcançar os resultados almejados, imprescindível foi a atuação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, uniformizando os procedimentos com seus atos normativos, os quais apresento neste estudo.

Como forma de demonstrar que a Justiça do Trabalho cumpriu seu objetivo de não paralisar a prestação de serviço jurisdicional neste momento histórico, o artigo também traz dados da atividade processual durante a pandemia, coletados pelo Tribunal Superior do Trabalho – TST. Com esta análise, contribui-se com dados concretos para comprovar o adequado funcionamento da Justiça do Trabalho durante a pandemia, bem como para deixar claro o papel da tecnologia como imprescindível para a atividade jurisdicional, contribuindo para sua eficiência.

2 – A tecnologia a serviço da Justiça do Trabalho na pandemia

É fato que o Poder Judiciário vem utilizando, há décadas, a tecnologia, com resultados cada vez mais satisfatórios na medida em que ocorre sua ampliação no dia a dia da prática forense. O relatório Justiça em Números, editado

pelo Conselho Nacional de Justiça, em sua 15ª edição, informa que a política de incentivo à virtualização dos processos judiciais tem registrado enormes avanços na informatização dos tribunais a cada ano:

“A Resolução CNJ nº 185/2013, que instituiu o Sistema Processo Judicial Eletrônico (PJe) como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais, impactou significativamente o percentual de processos autuados eletronicamente, que passou de 30,4% em 2013 para 83,8% em 2018.” (CNJ, 2019, p. 220)

Destaca-se a Justiça Trabalhista, segmento com maior índice de virtualização dos processos, segundo o relatório, com 100% dos casos novos eletrônicos no Tribunal Superior do Trabalho. Já nos Tribunais Regionais do Trabalho, o percentual é de 97,7%, sendo 93,6% no 2º grau e 99,9% no 1º grau. Dados do estudo atestam que os índices são muito semelhantes em todos os Tribunais Regionais do Trabalho, mostrando a existência de um trabalho coordenado e uniforme neste segmento (CNJ, 2019, p. 220).

Em tempos de pandemia, a prestação jurisdicional precisou ser adaptada como forma de manter a eficácia das demandas judiciais, e os recursos tecnológicos foram imprescindíveis para a continuidade do atendimento. Nesse sentido, destaco quatro formas do uso da tecnologia essenciais para o funcionamento judicial em distanciamentos social: a adoção do trabalho remoto; a tramitação dos processos em meios digitais; a digitalização dos processos físicos; e a realização de audiências *online*.

A adoção do trabalho remoto pelo Judiciário desde março de 2020 garantiu o atendimento da população e a efetividade das políticas públicas. Como bem asseverou o juiz do Trabalho Bruno de Carvalho Motejunas, do Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão, destacam-se dois aspectos como facilitadores da adequação ao regime de trabalho remoto: a valorização do teletrabalho¹ e o processo judicial eletrônico (PJe).

“A prática de *home office* na Justiça Laboral era uma realidade muito antes da pandemia, apesar de haver restrições quanto às atividades e percentual do quadro de servidores que poderiam aderir. Tal experiência foi fundamental, ajudando a superar dificuldades técnicas, resistências e

1 Desde 2012, o Tribunal Superior do Trabalho regulamentou o teletrabalho para seu quadro de pessoal (Resolução Administrativa nº 1.499/2012), seguido pelo CSJT (Resolução nº 151/2015) e pelos Tribunais Regionais do Trabalho. Antes, portanto, da Resolução nº 227/2016 do CNJ, que tratou desse tema no âmbito geral do Poder Judiciário, e da previsão expressa na CLT, introduzida pela Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista).

DOCTRINA

entraves burocráticos à rápida generalização desse método de trabalho em tempos de pandemia.

O segundo aspecto, ainda mais importante, é o *processo judicial eletrônico* (PJe). Adotado pelo CNJ como sistema a ser implementado em todo o Judiciário (Resolução nº 185, de 18.12.2013), o PJe já havia sido instituído e regulamentado pelo CSJT desde 2012 (Resolução nº 94, de 23.03.2012, atualmente substituída pela Resolução nº 136/2014), mais uma vez demonstrando a vanguarda do Judiciário Trabalhista na adoção de novas tecnologias para a eficiência e facilitação da prestação jurisdicional.” (MOTEJUNAS, CONJUR, 2020)

Já a tramitação dos processos por meios digitais e a digitalização dos processos físicos, regulamentadas pelo Poder Judiciário pela Lei nº 11.419/06, já eram realidade na maioria dos Tribunais, mesmo antes do coronavírus. Além de não utilizar mais o papel, com notáveis benefícios à preservação do meio ambiente e à manutenção de um local de trabalho salubre, “a tecnologia da informação vem sendo usada em benefício da prestação de serviços mais eficientes, econômicos, céleres e acessíveis de qualquer localidade e temporalidade” (TST, 2020). Em época de pandemia, esses recursos contribuíram sobremaneira para a continuidade da prestação jurisdicional.

É fato que a informatização do Judiciário se apresenta como um dos mais profícuos caminhos para uma prestação jurisdicional mais célere e eficiente. Mas é necessário, ainda mais em tempos de globalização, estarmos atentos à segurança dos sistemas e dos dados, o que exige, cada vez mais, investimento e treinamento dos recursos humanos, indispensáveis na administração dos dados e processos.

Com relação à realização das audiências *online*, o então Presidente do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, Ministro Dias Toffoli, assinou, no dia 31 de julho de 2020, a Resolução nº 329, que regulamenta e estabelece critérios para a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência, em processos penais e de execução penal, durante a pandemia do coronavírus.

De acordo com o documento, será permitida a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência pela plataforma digital disponibilizada pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ ou ferramenta similar. Ainda de acordo com a resolução, somente não será realizada a audiência caso alegada, por simples petição, a impossibilidade técnica ou instrumental de participação por algum dos envolvidos. Além disso, o juiz fica proibido de aplicar qualquer penalidade ou destituir a defesa na hipótese do caso anterior (CNJ, 2020).

Embora esse recurso tenha sido utilizado como uma alternativa, é necessário que se faça uma reflexão acerca do seu uso pós-pandemia, considerando a ampliação do acesso à Justiça e a redução de custos que tal medida pode trazer.

3 – Os atos normativos do Conselho Nacional de Justiça durante a pandemia

E para que o Judiciário pudesse continuar funcionando durante a pandemia, utilizando os recursos tecnológicos disponíveis, os atos normativos do CNJ – Conselho Nacional de Justiça foram essenciais para a uniformização dos procedimentos. Foram exigidas atualizações frequentes das normas administrativas que regem o funcionamento dos Tribunais.

As normas editadas nesse período, em sua maior parte, dizem respeito ao uso da tecnologia como forma de garantir o atendimento e a continuidade dos processos.

Passo a apresentar cada um dos dez atos normativos editados no período da pandemia. Esses atos tratam dos seguintes assuntos a seguir elencados: atendimento, prazos processuais, perícias, videoconferência, julgamento eletrônico e retomada do atendimento presencial. A fim de expor de forma sistemática, eles serão apresentados de forma agrupada por assunto e não pela ordem cronológica de sua publicação.

Em relação ao atendimento ao público, o Conselho Nacional de Justiça promulgou dois atos normativos: a Resolução nº 313, de 19 de março de 2020, e a Recomendação nº 70, de 4 de agosto de 2020. A Resolução nº 313/2020 estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19, e garantir o acesso à justiça neste período emergencial. Destaque para seu art. 3º, que estabelece a “suspensão do atendimento presencial das partes, advogados e interessados, que deverá ser realizado remotamente pelos meios tecnológicos disponíveis” (CNJ, 2020).

Já a Recomendação nº 70/2020 consigna aos tribunais brasileiros a regulamentação da forma de atendimento virtual aos advogados, procuradores, defensores públicos, membros do Ministério Público e da Polícia Judiciária e das partes no exercício do seu *jus postulandi* (art. 103 do Código de Processo Civil), no período da pandemia da Covid-19. Em seu art. 2º, estabelece que “os tribunais deverão adotar, prioritariamente, a plataforma já utilizada para a realização de audiências e sessões por videoconferência” (CNJ, 2020).

A segunda temática abordada pelas normativas do Conselho Nacional de Justiça são os prazos processuais, por meio de duas resoluções: Resolução nº 314, de 20 de abril de 2020, e a Resolução nº 318, de 7 de maio de 2020. A Resolução nº 314/2020 prorroga, no âmbito do Poder Judiciário, em parte, o regime instituído pela Resolução nº 313, de 19 de março de 2020, modifica as regras de suspensão de prazos processuais e a Resolução nº 318/2020 prorroga, em parte, o regime instituído pelas Resoluções nº 313/2020. Em seu art. 2º, estabelece que:

“Em caso de imposição de medidas sanitárias restritivas à livre locomoção de pessoas (*lockdown*) por parte da autoridade estadual competente, ficam automaticamente suspensos os prazos processuais nos feitos que tramitem em meios eletrônico e físico, pelo tempo que perdurarem as restrições, no âmbito da respectiva unidade federativa (Estados e Distrito Federal).” (CNJ, 2020)

Em seu art. 6º, estabelece que:

“Sem prejuízo do disposto na Resolução CNJ nº 313/2020, os tribunais deverão disciplinar o trabalho remoto de magistrados, servidores e colaboradores, buscando soluções de forma colaborativa com os demais órgãos do sistema de justiça, para realização de todos os atos processuais, virtualmente, bem como para o traslado de autos físicos, quando necessário, para a realização de expedientes internos, vedado o restabelecimento do expediente presencial.” (CNJ, 2020)

O terceiro tema dos atos normativos do Conselho Nacional de Justiça durante a pandemia são as perícias. Sobre elas, veio a lume a Resolução nº 317, de 30 de abril de 2020. Essa resolução dispõe sobre a realização de perícias em meios eletrônicos ou virtuais em ações em que se discutem benefícios previdenciários por incapacidade ou assistenciais, enquanto durarem os efeitos da crise ocasionada pela pandemia do novo coronavírus, e dá outras providências. Em seu art. 1º, § 2º, estabelece que:

“O perito poderá, expressamente, manifestar entendimento de que os dados constantes do prontuário médico e a entrevista por meio eletrônico com o periciando são insuficientes para formação de sua opinião técnica, situação em que o processo deverá aguardar até que seja viável a realização de perícia presencial.” (CNJ, 2020)

Já sobre o tema das videoconferências, o CNJ exarou três portarias. A primeira delas, a Portaria nº 58, de 24 de março de 2020, institui um Grupo de Trabalho destinado a elaborar parecer sobre a realização de videoconferências no âmbito da justiça criminal e apresentar proposta de ato normativo e protocolos técnicos voltados à regulamentação da temática. Em seu art. 3º, estabeleceu que:

DOCTRINA

“O Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF prestará apoio e assessoramento técnico para o desenvolvimento dos trabalhos previstos na Portaria.” (CNJ, 2020)

A segunda portaria sobre videoconferências é a Portaria nº 61, de 31 de março de 2020. Essa Portaria estabeleceu uma plataforma emergencial de videoconferência para realização de audiências e sessões de julgamento nos órgãos do Poder Judiciário, no período de isolamento social, decorrente da pandemia de Covid-19. Em seu art. 4º, estabeleceu “que a Plataforma permitirá a gravação audiovisual do conteúdo da videoconferência, e seu armazenamento, caso desejado, poderá ocorrer no sistema denominado PJe Mídias” (CNJ, 2020).

Por fim, a terceira resolução sobre o tema da videoconferência é a Resolução nº 329, de 30 de julho de 2020. Esta regulamenta e estabelece critérios para a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência, em processos penais e de execução penal, durante o estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Federal nº 06/2020, em razão da pandemia mundial por Covid-19. Em seu art. 18, estabelece que:

“deverá o magistrado ter especial atenção aos atos que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, crianças, adolescentes ou idosos e crimes contra a liberdade sexual, com a adoção de salvaguardas e medidas adequadas para evitar constrangimento e revitimização, podendo consultar as coordenadorias especializadas do respectivo tribunal.” (CNJ, 2020)

Ainda sobre videoconferência e julgamento, há a Resolução nº 312, de 19 de março de 2020, que altera o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça para acrescentar o art. 118-B, que amplia as hipóteses de julgamento por meio eletrônico (CNJ, 2020).

Por fim, temos o tema da retomada, regulada para a Resolução nº 322, de 1º de junho de 2020, que estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, medidas para retomada dos serviços presenciais, observadas as ações necessárias para prevenção de contágio pelo novo coronavírus. A Resolução nº 322/2020 estabelece, em seu art. 2º, § 4º, que “será mantido, preferencialmente, o atendimento virtual, na forma das Resoluções do Conselho Nacional de Justiça referidas no § 3º deste artigo, adotando-se o atendimento presencial apenas quando estritamente necessário” (CNJ, 2020).

Percebe-se, por essa exposição, que o Conselho Nacional de Justiça, por meio de seus atos normativos, dispôs durante a pandemia do coronavírus

relativamente aos seguintes temas: atendimento, prazos processuais, perícias, videoconferência, julgamento eletrônico e retomada do atendimento. Com essa intensa atividade normativa, o CNJ uniformizou e deu condições para a continuidade da atividade jurisdicional.

4 – Os dados do Tribunal Superior do Trabalho acerca da prestação jurisdicional na Justiça do Trabalho durante a pandemia

Depois de constatar que a Justiça do Trabalho já vinha se preparando mediante uso da tecnologia para prestar um serviço eficiente e que a atividade normativa no CJN criou os instrumentos necessários para a continuidade da prestação jurisdicional durante a pandemia, passa-se à análise dos números da Justiça do trabalho durante a pandemia. Para isso, iremos utilizar os dados do Painel de Produtividade Semanal em Regime de Teletrabalho, em razão da Covid-19, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, com dados fornecidos pelo Tribunal Superior do Trabalho – TST.

De acordo com os números do painel da produtividade, durante a pandemia, foram proferidos pela Justiça do Trabalho 1.932.705 sentenças e acórdãos, 2.065.038 decisões, 7.676.234 despachos e 104.817.436 movimentações processuais (TST, 2020.)². A seguir, demonstro a distribuição dessa intensa atividade jurisdicional.

Primeiramente, serão trazidas as decisões terminativas, somando sentenças e acórdãos. O quadro nº 1 a seguir demonstra que a Justiça do Trabalho conseguiu manter sua produtividade no que diz respeito à mais importante atividade para o jurisdicionado: ter o resultado de seu processo.

Quadro nº 1 – Total de sentenças e acórdãos dos Tribunais Regionais do Trabalho

TRT2 – 297.074	TRT15 – 262.416
TRT3 – 223.847	TRT1 – 159.122
TRT4 – 156.231	TRT9 – 137.115
TRT5 – 129.875	TRT12 – 76.484
TRT6 – 75.960	TRT10 – 41.790
TRT8 – 40.893	TRT18 – 39.576
TRT23 – 37.043	TRT7 – 32.330
TRT20 – 30.665	TRT24 – 30.047
TRT14 – 27.921	TRT22 – 24.383
TRT11 – 23.887	TRT13 – 21.452
TRT21 – 18.422	TRT17 – 16.725
TRT16 – 15.275	TRT19 – 14.172
Total de sentenças e acórdãos: 1.932.705	

Fonte: CNJ (www.cnj.gov.br).

² Dados atualizados em 8 de setembro de 2020.

DOCTRINA

Outro número relevante diz respeito às decisões em geral, durante a pandemia, expostas no quadro nº 2 a seguir.

Quadro nº 2 – Total de decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho

TRT2 – 362.547	TRT15 – 284.421
TRT3 – 217.694	TRT4 – 189.541
TRT1 – 174.605	TRT9 – 146.687
TRT5 – 110.400	TRT6 – 79.979
TRT12 – 65.117	TRT10 – 57.034
TRT8 – 41.964	TRT18 – 38.682
TRT7 – 35.210	TRT17 – 32.364
TRT11 – 30.461	TRT13 – 27.029
TRT23 – 26.145	TRT16 – 24.963
TRT20 – 24.401	TRT14 – 22.573
TRT24 – 22.446	TRT21 – 21.080
TRT22 – 16.769	TRT19 – 12.926
Total de decisões dos TRTs: 2.065.038	

Fonte: CNJ (www.cnj.gov.br)

Além das decisões, terminativas ou não, os magistrados trabalharam intensamente na atividade processual a distância, movimentando processos com 7.676.234 (sete milhões seiscentos e setenta e seis mil duzentos e trinta e quatro) despachos, conforme distribuição do quadro nº 3.

Quadro nº 3 – Total de despachos dos TRTs

TRT2 – 1.403.939	TRT1 – 942.031
TRT3 – 917.368	TRT15 – 820.958
TRT4 – 637.420	TRT9 – 471.971
TRT5 – 468.675	TRT6 – 337.201
TRT12 – 252.884	TRT10 – 189.112
TRT23 – 141.697	TRT18 – 118.930
TRT7 – 117.119	TRT17 – 105.495
TRT8 – 98.601	TRT11 – 90.896
TRT20 – 84.349	TRT13 – 83.460
TRT24 – 81.845	TRT16 – 81.070
TRT14 – 63.409	TRT21 – 62.487
TRT19 – 62.217	TRT22 – 43.100
Total de despachos dos TRTs: 7.676.234	

Fonte: CNJ (www.cnj.gov.br)

Para que a atividade da magistratura do trabalho fosse possível durante a pandemia, importante destacar o papel dos servidores que movimentam os processos possibilitando, juntamente com os magistrados, que os processos cheguem ao fim. Nesse sentido, foram realizadas 104.817.436 (cento e quatro milhões oitocentos e dezessete mil quatrocentos e trinta e seis) movimentações processuais, conforme distribuição do quadro nº 4, a seguir.

DOCTRINA

Quadro nº 4 – Total de movimentações processuais dos TRTs

TRT2 – 23.014.767	TRT15 – 13.980.591
TRT1 – 10.908.516	TRT3 – 9.883.872
TRT4 – 8.703.835	TRT9 – 7.142.275
TRT5 – 4.919.645	TRT6 – 3.941.532
TRT12 – 3.888.364	TRT18 – 2.611.620
TRT10 – 2.426.499	TRT8 – 1.637.342
TRT7 – 1.632.017	TRT23 – 1.469.067
TRT13 – 1.171.210	TRT24 – 1.156.967
TRT11 – 1.111.076	TRT21 – 1.001.319
TRT20 – 995.077	TRT14 – 985.252
TRT19 – 795.129	TRT22 – 791.867
TRT17 – 351.563	TRT16 – 298.034
Total de movimentações processuais dos TRTs: 104.817.436	

Fonte: CNJ (www.cnj.gov.br).

Além da intensa atividade durante a pandemia, a Justiça do Trabalho foi a que mais contribuiu com a destinação de recursos, com R\$ 219.214.959,01 (duzentos e dezenove milhões duzentos e quatorze mil novecentos e cinquenta e nove reais e um centavo) para o combate à Covid-19, um papel extremamente atuante em parceria com o Ministério Público do Trabalho (CNJ, 2020).

Quadro nº 5 – Total de recursos destinados pelos Tribunais do Trabalho para combate à pandemia da Covid-19

TRT3 – R\$ 78.149.069,31	TRT15 – R\$ 24.786.415,96
TRT21 – R\$ 15.434.040,14	TRT5 – R\$ 13.057.312,22
TRT14 – R\$ 11.246.837,84	TRT23 – R\$ 10.491.488,00
TRT19 – R\$ 8.938.020,67	TRT18 – R\$ 7.672.751,37
TRT8 – R\$ 6.776.893,26	TRT1 – R\$ 6.611.768,08
TRT13 – R\$ 6.521.849,56	TRT20 – R\$ 6.038.175,92
TRT4 – R\$ 5.862.859,71	TRT17 – R\$ 3.476.400,21
TRT12 – R\$ 2.776.766,31	TRT9 – R\$ 2.724.356,11
TRT16 – R\$ 2.287.421,60	TRT11 – R\$ 1.855.899,56
TRT6 – R\$ 1.578.886,66	TRT24 – R\$ 1.543.297,42
TRT22 – R\$ 904.449,10	TRT7 – R\$ 480.000,00
Total de recursos destinados pelos Tribunais do Trabalho para combater a Covid-19 – R\$ 219.214.959,01	

Fonte: CNJ (www.cnj.gov.br).

A intensa atividade da Justiça do Trabalho, comprovada com os números apresentados acima, só foi possível durante a pandemia por uma conjunção de fatores que parte do uso da tecnologia, aliado ao seu reconhecimento mediante atos normativos do CNJ e, claro, devido ao trabalho engajado dos magistrados e servidores do Poder Judiciário.

5 – Conclusão

O uso da tecnologia é essencial para o funcionamento do Poder Judiciário. Além de proporcionar facilidade, baixo custo e rapidez na operacionalização dos processos, mostrou-se, durante a pandemia, um meio de manutenção dos serviços da Justiça do Trabalho, primordial para o enfrentamento de tantos desafios deste momento histórico pelo qual todos estamos passando.

Neste trabalho, considereirei quatro formas essenciais do uso da tecnologia neste processo: a adoção do trabalho remoto; a tramitação dos processos em meios digitais; a digitalização dos processos físicos; e a realização de audiências *online*.

A adoção do trabalho remoto, além de proporcionar a continuidade dos trabalhos, possibilitou a sua execução de forma segura tanto para os servidores quanto para os jurisdicionados. A tramitação dos processos em meios digitais e a digitalização dos processos físicos já era uma realidade no Judiciário, ano a ano sendo aperfeiçoados, o que também garantiu a manutenção dos serviços e sua consequente agilidade. Já a realização de audiências *online*, quando possível, trouxe uma nova forma de atuação, segura e necessária diante da impossibilidade da convivência presencial.

No entanto, deve-se considerar que o uso das ferramentas tecnológicas, por si só, não garante o alcance do objetivo de manutenção dos serviços pelo Judiciário. Durante a pandemia, foi necessária a atuação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, editando atos normativos para uniformizar os procedimentos, ainda mais em um país como o Brasil, de dimensões continentais. Assim, o CNJ cumpriu sua missão de contribuir para que a prestação jurisdicional seja realizada com moralidade, eficiência e efetividade, em benefício da sociedade.

E para comprovar que o uso da tecnologia representou um instrumento para a manutenção dos serviços da Justiça do Trabalho durante a pandemia, apresentamos os dados do Superior Tribunal do Trabalho – TST, organizados pelo CNJ, com os números de cada TRT, a comprovar que a Justiça do Trabalho não parou neste período.

Com efeito, resta inequívoca a importância das novas tecnologias para a Justiça do Trabalho – em especial, em tempos de pandemia, como a que estamos atravessando –, sem o que seria impensável a efetiva prestação jurisdicional. Da mesma forma, inegável a necessidade de regulamentação dessas tecnologias, como as procedidas pelo CNJ, sempre no intuito de assegurar às partes, aos magistrados, aos advogados e aos membros do Ministério Público, o devido processo legal.

6 – Referências bibliográficas

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Atos normativos*. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/atos_normativos/. Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2019*. Site CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 24 ago. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Painel de dados*. Site CNJ, 2020. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/hub/stream/aaec8d41-5201-43ab-809f-3063750dfafd>. Acesso em: 24 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Painel de acompanhamento*. Site TST, 2020. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ba21c495-77c8-48d4-85ec-ccd2f707b18c&sheet=b45a3a06-9fe1-48dc-97ca-52e929f89e69&lang=pt-BR&opt=currsel&select=clearall>. Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Processo Judicial Eletrônico (PJe) no âmbito da Justiça do Trabalho*. Site TST, 2020. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/pje/apresentacao>. Acesso em: 14 set. 2020.

CARELLI, Rodrigo Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muniz; FONSECA, Vanessa Patriota da. *Futuro do trabalho e os efeitos da revolução digital na sociedade*. Brasília: ESMPU, 2020.

MOTEJUNAS, Bruno de Carvalho. *Audiências telepresenciais na Justiça do Trabalho: reflexões sobre o pós-Covid*. Conjur, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-28/motejunas-audiencias-telepresenciais-justica-trabalho>. Acesso em: 14 set. 2020.

Recebido em: 18/09/2020

Aprovado em: 03/11/2020

A APLICABILIDADE DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL AO PROCESSO DO TRABALHO E A SEGURANÇA JURÍDICA

THE APPLICABILITY OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE TO THE WORK PROCESS AND LEGAL SECURITY

Samantha Caroline Ferreira Moreira*

Ricardo Augusto Fernandes**

RESUMO: A Inteligência Artificial (IA) atribui a computadores e eletroeletrônicos a capacidade de aprender e desempenhar tarefas de forma autônoma, que independe da ação humana. O presente artigo pretende analisar a aplicabilidade da Inteligência Artificial ao processo do trabalho baseando-se na segurança jurídica e demonstração dos efeitos gerados quanto à proteção das garantias constitucionais nas decisões dos tribunais. Este estudo não tem como objetivo apresentar respostas concretas sobre a aplicabilidade da IA ao processo do trabalho, eis que se trata de uma tecnologia ainda recente no Judiciário brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Digital. Garantias Constitucionais. Inteligência Artificial. Segurança Jurídica.

ABSTRACT: Artificial Intelligence (AI) attributes to computers and electronics the ability to learn and perform tasks in an autonomous way, independent of human action. This article intends to analyze the applicability of Artificial Intelligence to the labor process based on legal security and demonstration of the effects generated regarding the protection of constitutional guarantees in court decisions. This study does not aim to provide concrete answers about the applicability of AI to the work process, since it is a technology that is still recent in the Brazilian judiciary.

KEYWORDS: Constitutional Guarantees. Court Decisions. Artificial Intelligence. Legal Security.

1 – Introdução

A Inteligência Artificial (IA) já é uma realidade e está inserida em nosso cotidiano. Em quase todos os lugares estamos praticamente o tempo todo em contato com IA, seja pelo uso de nosso aparelho celular ou de nosso computador, por exemplo.

* Advogada; professora do Centro Universitário Newton Paiva – Belo Horizonte – MG e de cursos de pós-graduação; mestra em Direito pela Universidade FUMEC; pós-graduada em Direito Empresarial, Direito Civil, Processo Civil e Direito Trabalhista; autora de livros, artigos científicos e capítulos de livros publicados.

** Bacharel em direito pelo Centro Universitário Newton Paiva – Belo Horizonte – MG; especialista em Direito do Trabalho.

DOCTRINA

Ao tempo que evoluímos tecnologicamente, isso impacta vários ramos da ciência, inclusive a área do Direito, na medida em que surgem questões éticas que nos levam a indagar sobre o comportamento humano e os problemas que podem ser gerados a partir de então.

É instigante pensar que existem robôs que simulem o raciocínio e o comportamento humano, uma vez que, para que haja essa simulação, de alguma forma, ela estará impregnada com algum conceito do indivíduo que o alimenta com informações, para que esse robô realize tarefas e trabalhe de acordo com a consciência humana. Há algumas décadas, já se vislumbrava o desenvolvimento da IA para um futuro que parecia distante. De lá pra cá, gradativamente, muita coisa mudou com a habilidade do ser humano em criar mecanismos que simulem sua forma de pensar e agir, desenvolvendo *softwares* que facilitam as tarefas do dia a dia, que abstraem e ajudam no avanço de pesquisas científicas, crescimento e modernização do comércio e indústrias e que recentemente se fazem presentes em soluções do Judiciário brasileiro.

Apesar de ser uma realidade e um caminho sem volta, ainda há resistência de muitas pessoas em aceitar determinadas evoluções tecnológicas, seja pelo medo de que as máquinas roubem seus empregos ou pelo resultado obtido – nesse caso, há a possibilidade de que esse resultado ocorra de forma parcial. Dentro desse universo, iremos estudar a relação entre aqueles que provocam a jurisdição do sistema judiciário brasileiro e a aplicabilidade da IA ao processo do trabalho.

O Poder Judiciário brasileiro, ao instituir o processo judicial eletrônico (PJe), vem implementando várias ações que visam desenvolver os trabalhos com mais eficiência, seja no âmbito das secretarias quanto dos gabinetes das varas do trabalho, com o objetivo de tornar mais célere o resultado e satisfazer àquele que busca a garantia do seu direito. Desse modo, considerando o embaraço processual atual no Judiciário brasileiro, é importante buscar soluções que impeçam a ineficiência e a lentidão nos procedimentos decisórios trabalhistas.

É mister que entendamos como se dá a aplicação de IA ao processo trabalhista e os riscos de que sejam proferidas decisões parciais, acerca das informações que estarão inseridas no sistema que simulará o comportamento humano, por serem subjetivas e poderem, sim, influenciar um procedimento decisório. Para muitos, o acesso à justiça poderá sofrer uma limitação maior e não ser satisfatório, já que, para leigos, determinados avanços tecnológicos, como é o caso da IA, podem ser complexos e incompreensíveis. Por isso, é importante entender como se dá a criação desses algoritmos e como garantir a segurança jurídica respeitando os princípios constitucionais do processo.

O presente artigo tem por escopo estudar o conceito de IA e sua aplicação ao processo trabalhista, a segurança jurídica e as garantias constitucionais, a fim de se verificar a aplicabilidade do direito à ampla defesa e ao contraditório.

Ainda, será realizada uma análise da aplicação da IA aos julgados em processos trabalhistas dentro das abordagens propostas, para tentar evidenciar a clareza e imparcialidade das decisões proferidas com o auxílio da IA e os problemas que podem contrapor as garantias constitucionais e a segurança jurídica.

Portanto, o que se pretende é elucidar se os sistemas de IA que estão sendo utilizados para prolatar decisões são confiáveis, e como se dá a criação de algoritmos que são desenvolvidos para exercerem essa função essencial. Importante destacar que este estudo não tem como objetivo apresentar respostas concretas sobre a aplicabilidade da IA ao processo trabalhista.

Importante consignar que ainda se trata de um sistema tecnológico recente no Judiciário brasileiro, portanto, o que se pretende é observar se os princípios basilares do processo foram respeitados e aplicados de forma transparente, ao ponto que, se houver alguma dúvida, qual a forma de se rever se o procedimento fora aplicado de forma correta.

2 – Aplicabilidade da inteligência artificial ao processo trabalhista

A Inteligência Artificial possui inúmeras aplicações na área jurídica, assistindo advogados, servidores públicos e até mesmo usuários do serviço jurídico, é similar à Inteligência Humana, se utilizando de meios tecnológicos e cada vez mais atualizados.

A IA protagoniza um importante papel para que novas tecnologias possam ser incorporadas nos mais diversos campos da sociedade.

Para entendermos como se dá a aplicabilidade da IA ao processo trabalhista, é preciso conceituar dois principais termos quando o assunto é tecnologia: *machine learning* e *deep learning*.

Esses institutos se distinguem da seguinte maneira: *machine learning* é quando há uma intervenção manual do ser humano na máquina, como se este inserisse informações que a máquina irá utilizar para realizar suas atividades. Para Lucas Oliveira, em matéria publicada no *blog* ENACON, a definição que mais se adapta ao termo *machine learning* é dada pelo Dr. Yoshua Bengio, professor da Universidade de Montreal: “a pesquisa em aprendizado de máquina é um campo de estudo dentro da pesquisa em inteligência artificial, que

busca fornecer conhecimento aos computadores através de dados, observações e interações com o mundo” (OLIVEIRA, 2018).

Segundo Kellison Ferreira, em matéria publicada no Blog Rockcontent, *deep learning* é um subcampo do *machine learning*, voltado à análise aprofundada de dados em um volume muito mais amplo que o normal. A proposta dessa tecnologia é permitir que sistemas e máquinas sejam capazes de observar padrões e correlações em uma grande quantidade de informações. Para isso, a base do *deep learning* são seus algoritmos, que ajudam a identificar dados. A forma como eles são projetados é uma tentativa de reproduzir o funcionamento das redes neurais do cérebro humano (FERREIRA, 2019).

2.1 – Aspectos do Judiciário na era tecnológica

Essa nova era tecnológica possibilita o aumento da produtividade, eficiência e melhor qualidade de vida, na maioria das vezes em apenas um *click*. Portanto, não seria diferente que esse avanço tecnológico chegasse rapidamente ao âmbito do Direito.

Contudo, é preciso que soluções inteligentes sejam adotadas para dar conta das demandas que chegam diariamente ao Judiciário brasileiro. Não há mais como retroceder, a IA está espalhada por todo o mundo e em todos os campos, inclusive no direito brasileiro. A tendência é que as ferramentas de trabalho sejam cada vez mais modernas, restando, somente, nos adaptarmos a tudo isso.

Empenhado em apresentar resultados mais céleres e eficientes, o Judiciário Trabalhista brasileiro, por meio do sistema denominado Bem-Te-Vi, lançado no ano de 2018, vem utilizando a IA para facilitar e agilizar o trabalho de servidores de secretarias e gabinetes das Varas do Trabalho no país. Segundo a Secretaria de Comunicação Social do Tribunal Superior do Trabalho (SECOM), esse sistema se integra a outros sistemas, como, por exemplo, o Processo Judicial Eletrônico (PJe), para fazer o cruzamento de dados e criar uma nova base desses dados. Os resultados são satisfatórios, por exemplo, quando se trata da tempestividade de ações que são apresentadas fora do prazo. Cerca de 3% das ações que chegam ao Tribunal Superior do Trabalho (TST) são intempestivas.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG), por meio do sistema de IA denominado Radar, verificou casos repetitivos no âmbito da Comarca mineira, em 2018, num clique e com menos de um segundo julgou 280 processos da plataforma operada pela Desembargadora Ângela Rodrigues. Além desses dois exemplos de tribunais que já utilizam a IA, temos vários

DOCTRINA

outros tribunais que utilizam a IA e cada qual com codinomes específicos, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN) conta com uma família de robôs, denominados, Poti, Clara e Jerimun, e trabalham cada qual numa função específica (VIEGAS, 2019).

Já o Supremo Tribunal Federal utiliza o robô Victor, usado para tornar dinâmico o trabalho de ministros, assessores e supervisores. O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, cita algumas das tarefas desempenhadas por “Victor”.

“O projeto, explica, se utiliza justamente do mecanismo de aprendizado de máquina (*machine learning*), a fim de dinamizar a avaliação do enquadramento dos recursos em relação aos principais temas de repercussão geral fixados pelo tribunal, bem como separar e classificar as peças mais relevantes do processo judicial. Entre as funções do robô está separar e classificar as peças processuais mais utilizadas nas atividades do STF. Somente nesse ponto, a máquina consegue fazer em 5 segundos um trabalho que antes era feito por servidores em aproximadamente 30 minutos, representando grande economia na alocação de tempo de trabalho dos servidores especializados. Outra função desempenhada pelo robô é identificar a incidência dos temas de repercussão geral mais comuns. Esse é outro ponto em que a tecnologia é avaliada com sucesso por Fux. Segundo o ministro, nesse ponto, o robô auxilia na resolução de cerca 10 mil recurso extraordinários que chegam ao STF.” (FUX, 2019)

Contudo, é importante analisarmos os riscos que esse avanço tecnológico utilizando a IA pode trazer na prolação das decisões do Judiciário brasileiro.

Nesse sentido, entende também Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas:

“Como se observa, são muitos os benefícios gerados pela inserção da tecnologia no direito, todavia, como ‘nem tudo são flores’, há também a preocupação, no tocante à abrangência e confiabilidade dos dados utilizados para alimentar a IA, bem em relação a sua auditabilidade, de modo a possibilitar o contraditório.” (VIEGAS, 2019)

Contudo, o que se espera é que os sistemas que estão sendo desenvolvidos para dar suporte, celeridade e desapertar o Judiciário brasileiro não sejam mais um entrave ao acesso à justiça e à busca pela prestação jurisdicional.

3 – A segurança jurídica quanto aos efeitos da aplicabilidade da inteligência artificial e as decisões dos tribunais

Como demonstrado neste estudo, a aplicação da IA está inserida em praticamente tudo que fazemos em nosso cotidiano. Em diversas áreas científicas e profissionais, não seria diferente. O que, há um tempo, era ficção, hoje é uma realidade; o mundo está conectado.

Em matéria publicada no *site* CIO, Cezar Taurion, que é *partner* da Kick Ventures e presidente do i2a2, Instituto de Inteligência Artificial Aplicada, expõe que:

“Nos últimos dias estive dissecando dois relatórios muito instigantes. Ambos massivos, mas de conteúdos muito valiosos.

O *Internet Trends Report*, de Mary Meeker, é um relatório de 294 páginas que analisa tecnologias digitais que impactam toda a sociedade.

Outro foi o *Tech Trends Report*, do Future Today Institute. Os números mostram claramente que o planeta está cada vez mais conectado. Pela primeira vez mais da metade da população global está conectada à internet. São 3,6 bilhões de pessoas acessando esta pela eletrônica que cobre praticamente toda a Terra. E a maior parte deste acesso acontece via equipamentos móveis (...) ‘Mas, podemos pensar em algumas direções. Por exemplo, IA. Quando vemos os avanços exponenciais da IA impulsionados pela evolução exponencial da geração de dados (2,5 quintilhões de dados são gerados diariamente no planeta e este número dobra a cada dois anos ou menos) e capacidade computacional (um iPhone tem mesma capacidade de um supercomputador de 30 anos atrás), acrescidos da conscientização de diversos países de sua importância estratégica, como estudos ‘*An Overview of National AI Strategies*’ mostram, fica claro que existe uma tendência irreversível na sua crescente adoção. Este estudo mostra que nos últimos quinze meses, Canadá, Japão, Cingapura, China, Emirados Árabes Unidos, Finlândia, Dinamarca, França, Reino Unido, Comissão da UE, Coreia do Sul e Índia divulgaram estratégias para promover o uso e o desenvolvimento da IA. IA afetará (e já está afetando) todos os setores de negócio e, portanto, qualquer empresa deve ter uma estratégia de adoção de IA em seu futuro imediato.’” (TAURION, 2018)

Pois bem, o ramo do Direito sofre um atraso em relação à evolução tecnológica. Os avanços na tecnologia ocorrem de forma rápida e o processo legislativo, nesse sentido, acaba por ser um pouco mais demorado, uma vez que a evolução da sociedade é mutável e o Poder Legislativo precisa editar normas condizentes a realidade que estamos vivendo.

Ante o cenário apresentado, os autores Antônio Márcio da Cunha Guimarães e Gabriel Stagni entendem que:

“Desse encontro entre a computação e o direito, do emprego dessas novas tecnologias, temos um resultado com várias consequências jurídicas. Surge um conjunto de aplicabilidades e relações jurídicas que precisam ser regradas a fim de dar o contorno e validade jurídica necessária a elas.” (GUIMARÃES, STAGNI, 2017, p. 71)

Outro problema recorrente quando se fala em tecnologia é sobre os *hackers*, que também utilizam ferramentas como *machine learning* e IA em suas construções para possíveis ataques, sejam eles para praticar invasões a *sites*, sistemas governamentais, redes sociais e outros tantos sistemas. Por isso, não há como não questionar a respeito dos efeitos que poderiam ser causados se isso ocorresse no sistema Judiciário brasileiro. Não podemos negar que há essa vulnerabilidade, podendo atingir o direito de muitos trabalhadores, bem como prejudicar muitas empresas.

Cibercriminosos – organizados e oferecendo serviços abrangentes na *dark web* – estão inovando mais rápido que as companhias especializadas em defesas de segurança. E isso é preocupante, dado o potencial inexplorado de tecnologias como *machine learning* e *deep learning* para este fim. “Devemos reconhecer que, embora as tecnologias como IA e seus subgrupos, *machine learning* e *deep learning*, sejam pedras angulares das defesas cibernéticas do futuro, nossos adversários estão trabalhando mais intensamente que qualquer um de nós para implementar e inovar em torno delas”, disse Steve Grobman, diretor de tecnologia da McAfee (DRINKWATER, 2018).

No mesmo texto, outros estudiosos da área discorrem, como Recorded Future CTO e cofundador Staffan Truvé:

“A inteligência da ameaça é indiscutivelmente uma benção quando se trata de *machine learning*. Por um lado, é universalmente aceito que, em uma era de falsos positivos, os sistemas de ML irão ajudar os analistas a identificar as ameaças reais provenientes de múltiplos sistemas. A aplicação do aprendizado da máquina oferece dois ganhos significativos no domínio da inteligência de ameaças.” (DRINKWATER, 2018)

Como se pode notar, o assunto é bem controverso. Antes do surgimento da IA, para que as máquinas exercessem alguma atividade, era preciso que fossem programadas por um algoritmo específico, que ditaria o que fazer e não fazer. Com o uso de IA pelas máquinas, essas, ao longo do tempo, vão

adquirindo experiências e informações que lhes dão a capacidade de trabalhar de forma autônoma.

Nesse sentido, Thatiane Cristina Fontão Pires e Rafael Peteffi da Silva aduzem que,

“A principal diferença entre um algoritmo convencional e a IA está, justamente, na habilidade de acumular experiências próprias e extrair delas aprendizado, como um autodidata. Esse aprendizado, denominado de *machine learning*, permite à IA atuar de forma diferente em uma mesma situação, a depender da sua performance anterior – o que é muito similar à experiência humana (...) Por outro lado, há quem afirme que os algoritmos baseados em *deep learning* são como uma caixa de pandora (*black-box*), simplesmente pelo fato de que programam a si mesmos e, portanto, não conhecem limites. Criadores de determinados algoritmos de *deep learning* admitem que não sabem como tais algoritmos realmente funcionam e como eles estão chegando aos resultados.” (PIRES; SILVA, 2017, p. 242)

Outro ponto a se questionar é sobre a imputação de responsabilidade por uma tarefa realizada de forma indevida em relação ao esperado, já que, com a utilização de IA, as máquinas agem de forma autônoma sobre aprendizado e experiências acumuladas. Corroboram esse entendimento Thatiane Cristina Fontão Pires e Rafael Peteffi da Silva:

“Ainda não são claros os riscos que essa nova tecnologia realmente apresenta, mas é premente a necessidade de se regular ao menos a responsabilidade pelas consequências danosas. Um aspecto é consenso: com a habilidade de treinar a si mesma e acumular experiências, a IA pode tomar decisões independentemente da vontade do seu desenvolvedor e, inclusive, chegar a resultados sequer passíveis de previsão pelos seus programadores. (...) Para iniciar o estudo do tema, ainda incipiente no Brasil, é referência a abordagem já iniciada no âmbito da União Europeia. Recentemente, o Parlamento Europeu editou a Resolução nº 2015/2103(INL), de 16 de fevereiro de 2017, com recomendações à Comissão de Direito Civil sobre Robótica.” (PIRES; SILVA, 2017, p. 242)

3.1 – Questionamentos sobre o uso de IA no Judiciário brasileiro

São inúmeros os questionamentos sobre a utilização de IA no Judiciário brasileiro e alguns deles merecem ser trazidos à baila, pelas inúmeras discussões, vista a necessidade de regulamentação. O Ministro do Supremo Tribunal

Federal, Luiz Fux, elaborou um material que seria apresentado numa palestra nos Estados Unidos sobre “O reflexo da Inteligência Artificial no Direito”, publicado em uma matéria divulgada pela *Revista Consultor Jurídico*, em 14 de março de 2019, que ilustra alguns desses questionamentos:

“Ao desenvolver esse tema, o ministro apresenta quatro áreas que têm levantado questionamentos de natureza ético-jurídica: (i) a responsabilidade civil por atos autônomos de máquinas; (ii) a proteção de Direitos Autorais e a produção de obras por máquinas; (iii) a noção de devido processo legal e de isonomia perante possíveis vieses algorítmicos; (iv) o direito à privacidade e a utilização de dados pessoais por sistemas de Inteligência Artificial. ‘Não há dúvida de que quanto mais autônomo for o robô, menos poderá ser encarado como um simples instrumento nas mãos de outros intervenientes, como o fabricante, o operador, o proprietário, o utilizador, etc.’, diz o ministro ao falar sobre responsabilidade civil. Quanto aos direitos autorais, Fux destaca que práticas como pintura ou composição de música e textos, que foram fruto exclusivo do intelecto humano, cada vez mais têm sido delegadas aos computadores. Nessas hipóteses, questiona, a quem pertencem os direitos autorais dessas obras? No Brasil, explica, segundo a Lei de Direitos Autorais, somente pode ser considerado autor de uma obra a pessoa física que a produziu. Dessa forma, o robô não poderia ser o autor dessas. O uso de algoritmos também é abordado pelo ministro, que cita o uso de uma ferramenta pelo Poder Judiciário nos Estados Unidos que calcula a probabilidade de algum indivíduo ser reincidente, bem como sugere qual tipo de regime/supervisão ele deveria receber na prisão. Durante o julgamento do uso desse *software*, o então Advogado-Geral da União dos EUA, Eric Holder, afirmou que estudos vêm se preocupando cada vez mais com a existência de vieses algorítmicos em relação a tais sistemas de inteligência artificial, em especial no tocante ao quesito raça. ‘Em face de os vieses se apresentarem como uma característica intrínseca do pensar humano, pode-se concluir, de igual modo, que um algoritmo criado por seres humanos enviesados provavelmente padecerá do mesmo ‘mal’, não de forma proposital, mas em decorrência das informações fornecidas ao sistema. Dessa maneira, surgem os chamados vieses algorítmicos, que ocorrem quando as máquinas se comportam de modo que refletem os valores humanos implícitos envolvidos na programação, então, enviesando os resultados obtidos’, explica o ministro. O último ponto comentado por Fux em relação à ética e aos direitos fundamentais trata da privacidade dos dados pessoais e o comércio desses dados. ‘Já sabemos que existem

programas que conseguem perceber nossos padrões de comportamento na internet (o que pesquisamos, o que compramos, quais são os nossos interesses). Essa habilidade, conhecida como *pattern recognition*, torna a fronteira entre a vida pública e privada cada vez mais tênue, e, muitas vezes, acabamos compartilhando informações sem consentir’, afirma. Por esse motivo, conta o ministro, o Brasil promulgou a Lei nº 13.709 (Lei Geral de Proteção de Dados) dispendo sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.” (FUX, 2019)

No Brasil, ainda não se têm notícias de que seja utilizado o algoritmo com a finalidade de proferir sentenças, o que é feito somente pelo juiz, ser humano. Entretanto, é possível agrupar ações repetitivas, classificar processos fazendo triagem e verificar a tempestividade recursal. De acordo com Victor Rizzo, sócio-diretor da e-Xyon Tecnologia, há três principais vertentes na utilização de algoritmos e da inteligência artificial pelo Judiciário. O Brasil ainda não faz uso da IA na terceira vertente, que abarca a prolação de decisões. Vejamos em matéria publicada na *Revista Consultor Jurídico*, em 27 de outubro de 2019, pelo correspondente da revista, Sérgio Rodas:

“Existem três principais vertentes na utilização de algoritmos e da inteligência artificial pelo Judiciário, afirma Victor Rizzo, sócio-diretor da e-Xyon Tecnologia. A primeira e mais simples consiste na aplicação de algoritmos para classificação. Com análise de dados (petições, ofícios, sentenças), identificam-se precedentes ou casos similares. O objetivo é agrupar tais processos, facilitando a análise e decisão de operadores do direito, diz Rizzo. A segunda forma usa grupos de algoritmos de análise de informação em larga escala. De acordo com o especialista, são os chamados algoritmos de mineração de dados ou recuperação de informação. Eles permitem extrair o essencial para o pesquisador de um grande volume de informação (documentos, processos, artigos técnicos e jornais, por exemplo). Já a terceira vertente é a mais polêmica: são os algoritmos de decisão de disputas legais simples, de baixa complexidade jurídica ou de pequeno valor econômico. ‘Nesse caso, o algoritmo analisa os dados com base em dados precedentes e com base nas provas apresentadas pelas partes ele propõe uma decisão. Naturalmente que essa proposta de decisão sempre precisa ser validada ou ratificada por um ser humano, no caso, um juiz’, explica Rizzo’. Já há exemplos de aplicação prática de sistemas desse tipo. Na Estônia, estão implementando o que

chamam de ‘robô juiz’, aponta. Ele sugere ou toma decisões em casos de pequena complexidade e valor econômico – processos com valor abaixo de € 7 mil (cerca de R\$ 31 mil).” (RODAS, 2019)

Apesar de no Brasil ainda não se terem notícias do uso de IA para proferir decisões, podemos vislumbrar um futuro próximo nesse sentido e, por tudo que foi exposto neste trabalho, é motivo de preocupação para os operadores do Direito com relação à segurança jurídica. Nesse sentido:

“Essa circunstância se mostra temerária para o direito e, em razão de tal incerteza, Dierle Nunes e Ana Luiza Pinto Coelho Marques defendem ‘a impossibilidade de delegação da atividade decisória para algoritmos de inteligência artificial em face da opacidade decisória e da ausência de controle acerca de seus peculiares vieses decisórios’.” (NUNES, MARQUES, 2018, p. 4, *apud* VIEGAS, 2019)

Portanto, resta evidente que as máquinas que utilizam IA têm uma grande capacidade de processamento e armazenamento de dados legislativos e jurisprudenciais como também conhecem os princípios jurídicos. Importa refletir no fato de que, embora os sistemas informáticos possam ser mais precisos, a realidade é que podem apresentar enviesamentos relevantes quando aplicados ao caso concreto.

4 – Considerações finais

A utilização de tecnologia para a execução de tarefas que dependiam do intelecto humano para desenvolver tarefas hoje conta com sistemas de inteligência artificial. Como vimos, esses sistemas são capazes de aprender com suas próprias experiências e agir de forma autônoma, na medida em que realizam tarefas no dia a dia e criam um enorme banco de dados. Atualmente, todas as áreas científicas fazem uso de sistemas com IA, que buscam celeridade, eficiência e efetividade para realizar tarefas maçantes, repetitivas que demandam tempo e, não poderia ser diferente, no que se refere ao Judiciário brasileiro.

Como explicitado no decorrer deste estudo, a inserção de algoritmos desenvolvidos pelo ser humano, para que os sistemas que utilizam a IA e as máquinas possam aprender e trabalhar de forma autônoma, pode vir permeada de conceitos do profissional que irá desenvolvê-la.

Portanto, houve uma preocupação com a subjetividade em que as informações possam ser disponibilizadas e o termos a respeito de possíveis influências na segurança jurídica e nas garantias constitucionais do processo trabalhista.

DOCTRINA

O uso de IA no Judiciário brasileiro irá impactar cada vez mais a prática jurídica, facilitando a celeridade processual com maior nível técnico. A IA já é utilizada no Judiciário brasileiro para agrupar ações repetitivas, classificar processos fazendo triagem e verificar a tempestividade recursal. Quanto à prolação de decisões, ainda não se teve notícias de que a IA foi utilizada para desenvolver esse tipo de tarefa.

Então é inegável, por tudo que foi exposto, que há inúmeros fatores que contribuem para a vulnerabilidade da aplicação de IA na prolação de decisões que atingem diretamente a segurança jurídica e as garantias constitucionais. Entende-se que essa é uma atividade intelectual humana que deverá ser executada por um juiz, por se tratar de uma tecnologia ainda prematura, ainda não devidamente regulamentada, sem mecanismos de auditabilidade e por não haver o controle sobre a forma de aprendizado dessas máquinas.

Fato é que as tarefas desempenhadas por máquinas que utilizam a IA será cada vez maior e, conseqüentemente, a tendência é que a necessidade de mão de obra humana diminua. Portanto, a utilização de IA tem vantagens significativas e é uma realidade, mas não podemos descartar hipóteses de desvantagens em sistemas tecnológicos que trabalham com auxílio do homem.

5 – Referências bibliográficas

BOURCHARDT, Eliézer. *Inteligência artificial: um pouco da história e avanços atuais*. Disponível em: <https://medium.com/@eliezerfb/intelig%C3%A2ncia-artificial-499fc2c4aa79>. Acesso em: 26 ago. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Secretaria de Comunicação Social do Tribunal Superior do Trabalho. *Inteligência artificial traz melhorias inovadoras para tramitação de processos no TST*. Disponível em: http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/inteligencia-artificial-traz-melhorias-inovadoras-para-tramitacao-de-processos-no-tst?inheritRedirect=false. Acesso em: 26 ago. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARNEIRO, Douglas Mattoso. *Princípios do contraditório e da ampla defesa*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/49374/principios-do-contraditorio-e-da-ampla-defesa>. Acesso em: 26 ago. 2020.

DRINKWATE, Doug. *5 formas de uso de Machine Learning para ataques cibernéticos*. Disponível em: <https://cio.com.br/cinco-formas-de-uso-do-machine-learning-para-ataques-ciberneticos/>. Acesso em: 26 ago. 2020.

DOCTRINA

FERREIRA, Kellison. *Deep learning*: a tendência de inteligência artificial que copia um cérebro humano. Disponível em: <https://rockcontent.com/blog/deep-learning/>. Acesso em: 29 ago. 2020.

FUX, Luiz. *Fux mostra benefícios e questionamentos da inteligência artificial no direito*. Disponível em: <https://consultor-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/685433315/fux-mostra-beneficios-e-questionamentos-da-inteligencia-artificial-no-direito>. Acesso em: 26 ago. 2020.

GHEDIN, Rodrigo. *90 anos de Metropolis*, o clássico filme de ficção científica de Fritz Lang. Disponível em: <https://manualdousuario.net/metropolis-fritz-lang/>. Acesso em: 26 ago. 2020.

GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha; GUIMARÃES, Gabriel Stagni. Direito digital. *Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica*, v. 1, n. 2, p. 70-81, jul./dez. 2017.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. *Jurisdição, ação e processo à luz da processualística moderna*. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/jurisducao-acao-e-processo-a-luz-da-processualistica-moderna/>. Acesso em: 26 ago. 2020.

MOREIRA, Samantha Caroline Ferreira. *Ineficiência da prestação jurisdicional nos litígios empresariais à luz da análise econômica do direito*. Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde da Universidade FUMEC. Belo Horizonte, 2016.

OLIVEIRA, Lucas. *Máquinas que aprendem*. Disponível em: https://www.enacom.com.br/blog-post.html?slug=maquinas-que-aprendem&utm_source=ads&utm_medium=anuncio&utm_campaign=maquinas-que-aprendem&gclid=EAIaIQobChMIJqsVqQ-6QIVFgmRCh3EGA71E-AAYBCAAEgLNgPD_BwE. Acesso em: 2 jun. 2020.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2016.

PAVANI, Alex Roni Alves. *O princípio da ampla defesa e seus aspectos*. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/53601/o-principio-da-ampla-defesa-e-seus-aspectos#_ftn6. Acesso em: 26 ago. 2020.

PEROTTO, Filipo Studzinski. *O que é inteligência artificial*: traços preliminares para uma nova resposta. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/281862947_O_que_e_Inteligencia_Artificial_-_tracos_preliminares_para_uma_nova_resposta. Acesso em: 22 maio 2020.

PINHO, Samara de Oliveira. *Aspectos do problema do intelectualismo na praxis processual civil brasileira quanto ao exercício do contraditório*. Disponível em: <http://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/dir-34-04-aspectos-do-problema-do-intelectualismo-na-praxis-processual-civil-brasileira-quanto-ao-exercicio-do-contraditorio/>. Acesso em: 25 abr. 2020.

PIRES, Thatiane Cristina Fontão; SILVA, Rafael Peteffi da. A responsabilidade civil pelos atos autônomos da inteligência artificial: notas iniciais sobre a resolução do Parlamento Europeu. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, dez. 2017.

RODAS, Sérgio. Algoritmos e IA são usados para que robôs decidam pequenas causas. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-out-27/algoritmos-ia-sao-usados-robos-decidam-pequenas-causas?utm_source=dlvr.it&utm_medium=twitter. Acesso em: 19 jun. 2020.

DOUTRINA

TAURION, Cezar. *A inteligência artificial está perto do seu ponto de inflexão*. Disponível em: <https://cio.com.br/a-inteligencia-artificial-esta-perto-do-seu-ponto-de-inflexao/>. Acesso em: 19 jun. 2020.

VALENTINI, Rômulo Soares. *Julgamento por computadores?: as novas possibilidades da jus-cibernética no século XXI e suas implicações para o futuro do Direito e do trabalho dos juristas*. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial a obtenção do título de doutor em Direito do Trabalho. Belo Horizonte, 2017.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. *Inteligência artificial e o direito: caminho sem volta*. Disponível em: claudiamaraviegas.jusbrasil.com.br/artigos/790082734/inteligencia-artificial-e-o-direito-caminho-sem-volta?ref=serp%20Inteligência%20Artificial%20e%20o%20Direito:%20Caminho%20sem%20volta. Acesso em: 26 ago. 2020.

ZANIBONI, Natalia. *Os 10 momentos mais importantes da inteligência artificial*. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2019/09/os-10-momentos-mais-importantes-da-inteligencia-artificial.html>. Acesso em: 26 ago. 2020.

Recebido em: 18/09/2020

Aprovado em: 03/11/2020

Notas e Comentários

CENTENÁRIO DE NASCIMENTO DE MINISTRO DO TST

Em agosto de 2020, comemorou-se o centenário de nascimento do Exmo. Ministro do Tribunal Superior do Trabalho Carlos Alberto Barata Silva. A data foi celebrada, em 26 de outubro, na primeira sessão do Tribunal Pleno do TST subsequente, recordando-se a trajetória na história da Justiça do Trabalho do eminente Ministro Barata Silva. A homenagem, lida no Plenário pelo Ministro e Presidente da Comissão de Documentação e Memória do TST, Mauricio Godinho Delgado, foi subscrita pela Exma. Ministra Presidente do TST e do CSJT, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, pelos demais Exmos. Ministros do TST presentes à sessão plenária, a par do Exmo. Procurador-Geral do Trabalho, Alberto Bastos Balazeiro.

Reproduzem-se, na íntegra, as notas taquigráficas da 3ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno do Tribunal Superior do Trabalho com a justa homenagem que reverencia a memória do ilustre membro da Magistratura Trabalhista, que dedicou 45 anos de sua existência ao fortalecimento e ao respeito ao Direito do Trabalho e à Justiça Especializada do Trabalho.

“PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA DO TRABALHO

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

NOTAS TAQUIGRÁFICAS DA 3ª SESSÃO ORDINÁRIA DO

TRIBUNAL PLENO DO

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Realizada em 26 de outubro de 2020.

Presentes os Srs. Ministros: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi (Presidente), Luiz Philippe Vieira de Mello Filho (Vice-Presidente), Aloysio Corrêa da Veiga (Corregedor-Geral), Ives Gandra Filho, João Batista Brito Pereira, Renato de Lacerda Paiva, Lelio Bentes Corrêa, Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Dora Maria da Costa, Guilherme Augusto Caputo Bastos, Márcio Eurico Vitral Amaro, Walmir Oliveira da Costa, Mauricio Godinho Delgado, Kátia Magalhães Arruda, Augusto César Leite de Carvalho, José Roberto Freire Pimenta, Delaíde Miranda Arantes, Hugo Scheuermann, Alexandre de Souza Agra Belmonte, Cláudio Mascarenhas Brandão, Maria Helena Mallmann, Breno Medeiros, Alexandre Luiz Ramos, Dezena da Silva e Evandro Valadão.

NOTAS E COMENTÁRIOS

Procurador-Geral do Trabalho: Dr. Alberto Bastos Balazeiro.

Secretária-Geral Judiciária: Dr^a Eveline de Andrade Oliveira e Silva.

(...)

A Sr^a Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi (Presidente) – Concedo a palavra ao Ministro Mauricio Godinho Delgado, que irá saudar o centenário de nascimento do Ministro Barata Silva.

O Sr. Ministro Mauricio Godinho Delgado – Muito obrigado, Sra. Presidente. Sras. e Srs. Ministros, comemoramos no mês de agosto o centenário de nascimento do Ministro Barata Silva, do Tribunal Superior do Trabalho, que dedicou cerca de cinco décadas à Justiça do Trabalho. Como membro e Presidente da Comissão de Documentação do TST, acompanhamos esses eventos e, desde o primeiro instante, tivemos a ideia de trazer a comemoração para o Tribunal Pleno. É uma grande homenagem ao eminente Ministro. Entretanto, em setembro foi adiada a sessão do Tribunal Pleno, de forma que esta é a primeira oportunidade. Elaboramos uma pequena fala em homenagem ao Ministro Barata Silva, que faleceu em 1996 e faria cem anos em agosto deste ano. Por ocasião do centenário de nascimento do eminente Ministro Barata Silva, ocorrido em 2 de agosto de 2020, recorda-se a sua trajetória na história da Justiça do Trabalho. O objetivo desta justa homenagem é reverenciar a memória do ilustre membro da Magistratura Trabalhista, que dedicou quarenta e cinco anos de sua existência ao fortalecimento e ao respeito ao Direito do Trabalho e à Justiça Especializada do Trabalho. Carlos Alberto Barata Silva nasceu em 2 de agosto de 1920, na cidade de Rio Grande, no Rio Grande do Sul. Graduou-se em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) em 1943. Ingressou na Magistratura Trabalhista em 1945. Presidiu as Juntas de Conciliação e Julgamento de São Jerônimo (1945-1954), São Leopoldo (1954-1956) e Porto Alegre (1956-1958). Em 1958, foi promovido por merecimento para o TRT da 4^a Região. Foi eleito Vice-Presidente daquele TRT em 1961, exercendo o cargo até 1965. Ainda em 1965, foi eleito Presidente do TRT da 4^a Região, exercendo o cargo até 1968. Ingressou no Tribunal Superior do Trabalho como Ministro Togado em 17 de novembro de 1971. Foi eleito Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho para o biênio de 1978 a 1980. Foi eleito Vice-Presidente para o biênio de 1980 a 1982. Assumiu a Presidência do TST no ano de 1982 e, logo depois, foi reconduzido ao cargo para o período de 1982 a 1984. Em 1986, foi inaugurada a placa

NOTAS E COMENTÁRIOS

comemorativa do auditório do TST, em sua sede original em Brasília – lembrando que estamos na nova sede –, denominado ‘Auditório Ministro Barata Silva’. A homenagem dos Ministros do TST, à época, anunciou o reconhecimento pelo trabalho, pelo esforço, pelo dom, pela dedicação e pela própria vida do Ministro Barata Silva, que foi voltada ao Direito do Trabalho e à Justiça do Trabalho. Além de sua destacada e profícua carreira jurídica no Poder Judiciário Trabalhista, o Ministro Barata Silva dedicou-se em sua atuação no ensino acadêmico. Foi diretor e professor do Senac de São Jerônimo-RS (1948-1950). A partir de 1955, iniciou sua carreira como professor universitário no campo do Direito do Trabalho. Foi professor titular de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho em diversas universidades, entre elas na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e na Universidade de Brasília (UnB). Foi fundador e Diretor do Instituto de Direito do Trabalho em Porto Alegre, RS (1953); membro titular da Sociedade Internacional de Direito do Trabalho e da Segurança Social, em Genebra, na Suíça, a partir de 1958; membro do Instituto Latino-Americano de Direito do Trabalho e da Previdência Social de Buenos Aires, Argentina, a partir de 1964; membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho; entre outras atividades relacionadas e muito profícuas à cultura jurídica trabalhista. Profundo estudioso do Direito do Trabalho e do Direito Processual do Trabalho, publicou, entre os anos de 1960 e 1992, diversos livros e artigos jurídicos. O Ministro Barata Silva aposentou-se por força de dispositivo constitucional da época ao atingir a idade máxima fixada para o exercício da Magistratura, no dia 3 de agosto de 1990. Em seu discurso proferido no TST, por ocasião de seu afastamento da Magistratura Trabalhista, ressaltou: ‘Guardo, dos dias que servi a esta Justiça, a nítida visão dos pilares da sua grandeza, construída com a cultura, a integridade e a dignidade de seus membros provados no diário que desafia as questões que lhes cabe decidir. (...) os problemas sociais, como o salário, como o direito à vida e à sobrevivência. (...) Afastando-me, pois, da magistratura, levo a convicção de que aqueles que ficam e os Juízes que virão serão cada vez menos aplicadores cegos da lei, mas poderão e deverão opor-se-lhe quando injusta e açodada’. Disse ainda o Ministro em seu discurso de despedimento: ‘Se a lei se recheia mais de jurisprudência, que a completa e esclarece, adaptando-se à vida, tanto mais solene e grave será a missão do magistrado’. Esse discurso proferido pelo Ministro Barata Silva, a propósito, está disponível na Biblioteca Digital da Justiça do Trabalho, *Jus Laboris*, que compõe o acervo da Comissão de Documentação.

Concluo, dizendo que o Ministro Carlos Alberto Barata Silva faleceu em Brasília no dia 24 de agosto de 1996. Seu corpo foi velado no saguão do TRT da 4ª Região, no Rio Grande do Sul, Tribunal onde iniciou sua nobre carreira na Magistratura Trabalhista. Sra. Presidente, peço que esta singela, mas significativa homenagem, seja registrada nas atas do Tribunal Superior do Trabalho e que as notas taquigráficas sejam enviadas a toda a Direção do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região e também à família do Ministro Barata Silva, que dedicou quarenta e cinco anos à Justiça do Trabalho. Muito obrigado.

A Sra. Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi (Presidente) – As palavras de louvor de V. Exª serão encaminhadas ao Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região e aos filhos do Ministro Barata Silva. Sabemos que S. Exa. tem um filho que é Desembargador aposentado e uma filha que é servidora aposentada do TRT da 4ª Região. Eu, pessoalmente, sempre tive muito carinho e amizade pelo Ministro Barata Silva, porque advoguei bastante perante o TST quando S. Exa. exerceu aqui a Magistratura. S. Exa. foi Juiz notável, amigo e homem de muita solidariedade e muita fraternidade com todos. As homenagens realmente foram muito adequadas e, portanto, todos nós subscrevemos as palavras de V. Exa., Ministro Godinho. Faculto a palavra a quem dela desejar fazer uso.

O Sr. Alberto Bastos Balazeiro (Procurador-Geral do Trabalho) – Eu gostaria de aderir à manifestação pelo centenário do Ministro Barata Silva.

A Srª Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi (Presidente) – Fica registrada a adesão do Ministério Público, na pessoa do Procurador-Geral, o Dr. Alberto Balazeiro, às homenagens prestadas.”

COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO E MEMÓRIA

O Tribunal Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, em sessão realizada em 26 de outubro de 2020, à unanimidade, acolheu proposta de alteração dos arts. 55, III, 62 e 63 do Regimento Interno do TST apresentada pela Comissão Permanente de Documentação, especificamente quanto à nomenclatura, de modo que a “Comissão de Documentação” passou a ser denominada “Comissão de Documentação e Memória”.

Nos últimos anos, foram desenvolvidos diversos projetos no âmbito da memória institucional da Justiça do Trabalho, em especial após a criação do

Comitê Gestor do Programa Nacional de Resgate da Memória da Justiça do Trabalho – CGMNac-JT (Ato Conjunto TST.CSJT.GP n. 37/2011), cujos trabalhos são coordenados pelo Ministro-Presidente da Comissão de Documentação do TST, integrando, como membros, cinco Desembargadores e/ou Desembargadoras representantes dos Tribunais Regionais do Trabalho.

A importância da preservação da memória institucional no âmbito do Poder Judiciário brasileiro também se evidencia com a edição, pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, da Resolução nº 316/2020, que estabelece o dia 10 de maio como o Dia da Memória do Poder Judiciário.

Desse modo, a pequena alteração nominal representou, por si só, um avanço institucional e simbólico expressivo para a Justiça do Trabalho, na medida em que seguramente contribuirá para congregar ainda mais esforços na promoção de ações direcionadas para preservação e divulgação da memória deste ramo do Poder Judiciário.

JUSTIÇA DO TRABALHO – 80 ANOS DE EXISTÊNCIA

Em maio de 2021, a Justiça do Trabalho completará 80 anos de existência. Para marcar a data, a Exma. Ministra-Presidente do Tribunal Superior do Trabalho e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, instituiu um comitê para planejar ações comemorativas desse marco histórico.

Esse comitê é coordenado pelo Ministro Ives Gandra Martins Filho e composto por servidores de diversas áreas do TST e do CSJT. Entre as atividades referendadas pela Presidência do TST e do CSJT será o lançamento da edição especial comemorativa da *Revista do Tribunal Superior do Trabalho* (vol. 87, n. 1, jan./mar. 2021), cujo edital foi divulgado, pela Comissão de Documentação e Memória, neste ano de 2020.

Outras ações comemorativas serão realizadas em 2021. Em maio, mês do aniversário, será lançado, na internet, o Memorial Virtual da Justiça do Trabalho. A página reunirá informações do acervo histórico da Justiça do Trabalho em todo o País. Também será realizada a exposição “80 anos da Justiça do Trabalho”, com reflexões sobre a construção das relações de trabalho no Brasil. A previsão é que a mostra fique disponível para visitantes no mezanino do Bloco A do TST e, virtualmente, na página da Memória Viva do Tribunal.

NOTAS E COMENTÁRIOS

Em agosto, será realizado o “Seminário Internacional 80 anos de Justiça do Trabalho”, que contará com a participação de autoridades, estudiosos do Direito do Trabalho e outras personalidades. No evento, será lançado um livro sobre a história dos 80 anos da Justiça do Trabalho, além de uma medalha comemorativa.

A partir de janeiro de 2021, as comunicações oficiais apresentarão uma marca comemorativa dos 80 anos. No primeiro semestre, também serão lançados, em parceria com os Correios, um selo e um carimbo comemorativo.

A 2ª edição do Prêmio Justiça do Trabalho de Jornalismo é outra iniciativa que fará parte das comemorações. Haverá, ainda, o lançamento de um documentário e de uma série de vídeos sobre a atuação da Justiça do Trabalho em suas oito décadas de história.